

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu **27 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **18 kwietnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **PLASTWIL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna, ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście**

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

- A. **Wytwórnia Podkładów Strunobetonowych STRUNBET Sp. z o. o., 33-121 Bogumiłowice 299** - po stronie odwołującego,
- B. **Vossloh Skamo Sp. z o.o., ul. Kolejowa 18A, 63-460 Nowe Skalmierzyce** - po stronie odwołującego,
- C. **Track Tec S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**I.1. Odrzuca odwołanie wykonawcy PLASTWIL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna, ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście,**

**I.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: PLASTWIL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę jawną, ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście,**

**I.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego PLASTWIL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę jawną, ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

### **U z a s a d n i e:**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę podkładów strunobetonowych dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków - Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na Odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin”, (Dz. Urz. UE 2016/S-053-089637 z 16.03.2016r.), w dniu 18 kwietnia 2016 r. zostało wniesione drogą elektroniczną z podpisem weryfikowanym kwalifikowanym certyfikatem odwołanie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie przez wykonawcę: PLASTWIL Sp. z o.o. spółka jawna, z siedzibą ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), po zmianie opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego dnia 8 kwietnia 2016 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2016 r., pisemne zgłoszenia do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w sprawie złożyli w dniu 21 kwietnia 2016 r. wykonawcy:

- A. Wytwórnia Podkładów Strunobetonowych STRUNBET Sp. z o.o., 33-121 Bogumiłowice 299 - po stronie odwołującego.
- B. Vossloh Skamo Sp. z o.o., ul. Kolejowa 18A, 63-460 Nowe Skalmierzyce - po stronie odwołującego.
- C. Track Tec S.A. ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa - po stronie zamawiającego (w dniu 22 kwietnia 2016 r.).

Odwołujący PLASTWIL Sp. z o.o. spółka jawna wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej zwaną „ustawą Pzp.” czynności zamawiającego polegających na nieprawidłowej zmianie przedmiotu zamówienia dokonanego pismem z dnia 8 kwietnia 2016 r. poprzez dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia (punkt 2 „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”) oraz poprzez określenie w punkcie 3 dokumentów, jakich złożenia zamawiający się domaga („DOKUMENTY NA POTWIERDZENIE ŻE OFEROWANE DOSTAWY SPEŁNIAJĄ WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO NA PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA. DŁUGOŚĆ GWARANCJI”) we wskazanym postępowaniu i określeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa, określonymi poniżej.

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 i 30 ustawy Pzp, przez brak określenia przedmiotu zamówienia w sposób nakazany w art. 29 i 30 Pzp oraz brak możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań referencyjnych;
2. sformułowanie SIWZ w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania;
3. sformułowanie SIWZ w sposób uniemożliwiający ocenę przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności z SIWZ przed dokonaniem oceny ofert;
4. sformułowanie SIWZ w sposób uniemożliwiający określenie specyfikacji technicznych przedmiotu zamówienia;
5. sformułowanie SIWZ w sposób nakazujący złożenie dokumentacji technicznej i certyfikacyjnej, której złożenie nie wynika z opisu i zakresu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie postępowania; ewentualnie:
2. uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia i szczegółowych wymagań technicznych (punkt 2) i wymaganych dokumentów (punkt 3) i zobowiązanie zamawiającego do prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia oraz sporządzenia treści SIWZ, uwzględniającej powszechnie obowiązujące przepisy prawa na zasadach określonych w niniejszym odwołaniu tj.:
  - a. poprzez uchylenie SIWZ w punkcie 2 (bez „Warunków logistycznych dostaw”, które winny pozostać w niezmienionym kształcie), i zastąpienie tego punktu zapisem, że:
    - zamawiający określa przedmiot zamówienia w ten sposób, że jest nim dostawa nowych podkładów strunobetonowych z systemami przytwierdzeń, spełniających wymagania TSI, pozwalających na zastosowanie na torach klasy 1, o klasie obciążeń D3 oraz poprzez wskazanie, że definicja torów klasy 1 i klasy obciążeń D3 została zdefiniowana w konkretnych, wskazanych przez zamawiającego dokumentach;
  - b. poprzez uchylenie całego punktu 3 (poza zapisami dotyczącymi Gwarancji) i podanie w miejsce kwestionowanych zapisów, że wykonawca ma obowiązek stosowania takich składników interoperacyjności, które posiadają już stosowne certyfikaty WE zgodności lub przydatności do stosowania, wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, i dla których wydana została deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania;
  - c. poprzez wskazanie w treści SIWZ, że TSI, jakich spełnienia żąda wykonawca określone zostały w rozporządzeniu Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r.

dotyczącej Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej;

d. poprzez wskazanie w treści SIWZ, że wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie przez przedmiot zamówienia wymogów TSI;

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa przez pełnomocnika procesowego.

Zdaniem odwołującego sformułowania w SIWZ naruszają następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 i 3.,

2. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 6 pkt 1, 3 i 4 *a contrario* rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego,

3. art. 29 ust. 1, 2 i 3,

4. art. 30 ust. 1 i 2,

5. art. 91 ust. 1 i 2.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes prawny we wniesieniu odwołania.

Przywołał treść SIWZ (cytowanego każdorazowo z uwzględnieniem zmiany z dnia 8 kwietnia 2016 r.) przedmiotem zamówienia jest dostawa 75 000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150.000 kompletów (150.000 sztuk przekładek podszynowych kształtowanych, 300.000 sztuk łapek sprężystych, 300.000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy 1 na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. "Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew, przy kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260 - 41,120, 43,000 - 47,570.

Odwołujący zaznaczał, że jest producentem systemów mocowań (przytwierdzeń), w zatem ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia w związku z czym ziszczone zostały przesłanki z art. 179 Pzp. Nadto uznał, na wypadek utrzymania opisanych po niżej uchybień w SIWZ, że istnieje ryzyko poniesienia przez odwołującego szkody, sprowadzającej się do nie uzyskania zamówienia, a to wobec dopuszczenia do postępowania wykonawców, których oferta może nie uwzględniać bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy (co ma wpływ na zaoferowaną cenę). Może

to utrudnić odwołującemu dostęp do zamówienia. Powołał się na wyrok z dnia 31 lipca 2015r. Krajowej Izby Odwoławczej (publ w LEX nr 1771700) - „*W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami p.z.p. oferty - zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia.*”

Odwołujący podkreślał, że zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa i nie łamały bezwzględnie obowiązujących norm. Zobowiązanie zamawiającego do podania wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z przepisu art. 29 ust. 1 Pzp oznacza, że rolą zamawiającego jest ustalenie i przekazanie potencjalnemu wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia oferty, który to obowiązek zamawiający winien zrealizować samodzielnie. Odsyłanie do treści dokumentów wyraźnie niewskazanych wykonawcy, nie może być uznane za prawidłową stosowanie normy art. 29 ust. 1 Pzp. Realizacja wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga transparentności działań zamawiającego. Istotą zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dopuszczenie do obrotu - realizacji zamówienia, tylu różnych produktów, które realizować będą cel założony przez zamawiającego. Cel ten nie może być ograniczony poprzez opisanie cech produktu referencyjnego bez wskazania cech produktów równoważnych.

W ocenie odwołującego zamawiający nie sprostął opisanym wyżej zasadom opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### I. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp

Przedmiotem zamówienia (pkt 2. ust. 1. SIWZ) jest dostawa 75 000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150.000 kompletów (150.000 sztuk przekładek podszynowych kształtowanych, 300.000 sztuk łapek sprężystych, 300.000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy 1 na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. "Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew, przy

kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260 - 41,120, 43,000 - 47,570.

W opinii odwołującego w opisie przedmiotu zamówienia brakuje kotwy, jako elementu systemu przytwierdzeń, co wyklucza w sensie logicznym prawdziwość zapisu, że zamawiający żąda dostarczenia kompletnych systemów przytwierdzeń typu SB, albowiem kotwa stanowi składnik systemu przytwierdzeń, a w enumeratywnym wyliczeniu składników tego systemu nie została wskazana jako przedmiot dostawy. Uznał to za pierwszą, istotną nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia.

Według odwołującego w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazano, że przedmiotem zamówienia są dwa integralne składniki interoperacyjności. Art. 25 a. ust. 1. pkt 1 [ustawy o transporcie kolejowym] wskazuje, że system kolei z uwagi na kryterium strukturalne dzieli się na podsystemy, zaś jednym z nich jest infrastruktura. Zgodnie z tym przepisem szczegółowy zakres podsystemów określają TSI. W załączniku nr I do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei zamieszczono wykaz składników interoperacyjności. Dla podsystemu infrastruktura są to:

1. szyny;
2. systemy przytwierdzeń;
3. podkłady.

Odwołujący przywołał zapis punktu 2.1. Załącznika do rozporządzenia Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącego technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej - elementy podsystemu „Infrastruktura zostały opisane w załączniku II (pkt 2.1. Infrastruktura) do dyrektywy 2008/57/WE. Zgodnie z zapisami tej dyrektywy jako podsystem infrastruktura rozumie się tory, rozjazdy, obiekty inżynieryjne (mosty, tunele itd.), infrastrukturę towarzyszącą na stacjach (perony, strefy dostępu, z uwzględnieniem potrzeb osób o ograniczonej zdolności poruszania się itd.), urządzenia bezpieczeństwa i urządzenia ochronne.

Jak wynika z opisu w SIWZ podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 traktuje się jako równoważne, zaś systemy przytwierdzeń mają odpowiadać typowi oferowanych podkładów. Powyższy zapis odwołujący zakwestionował, jako niespełniający wymagań art. 29 ust. 1. Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że 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. Uznał, że opis przedmiotu zamówienia nie może określać konkretnego typu podkładów i systemów mocowań, ale może wskazywać konkretny typ i dopuszczać

rozwiązania równoważne (przy czym w tym ostatnim przypadku rozwiązanie równoważne winno wskazywać na co najmniej minimalny zakres parametrów). Przepis art. 29 ust. 3 Pzp brzmi: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny." Zamawiający winien wykazać, że nie miał możliwości opisanie przedmiotu zamówienia inaczej, aniżeli poprzez wskazanie dokładnych określeń (powołano się na określenie typu: PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1) i jednocześnie winien wprost wskazać, że dopuszcza dostawę równoważnych rozwiązań. Przywołał uchwałę KIO z dnia 7 września 2015 r. - publ. w LEX nr 1796876, sygn. akt KIO/KD/50/15 - „Zamawiający narusza przepis art. 29 ust. 3 p.z.p. także w ten sposób, że wyłącznie pozornie dopuszcza możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych do opisanych w dokumentacji postępowania. Sytuacja taka ma miejsce zarówno w przypadku, gdy zamawiający teoretycznie dopuszcza taką możliwość (...).”

Odwołujący przyznał, że w zaskarżonym SIWZ zamawiający wskazał (szczegółowe wymagania techniczne), że oferowane przez wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni torowej muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLKSA.).

Nadto podkreślono, że podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 (oznaczenia te należy rozumieć jako podkłady strunobetonowe typu PS-93 i PS-94 przystosowane do szyn typu 60E1), traktuje się jako równoważne w torach określonej klasy, wg zapisów w „Standardach Technicznych - szczegółowych warunkach technicznych modernizacji linii kolejowych prędkości do  $V_{max} < 200$  km/h (dla taboru konwencjonalnego)/250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)” przyjętych dla PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 r., przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego typu.

W odniesieniu do powyższego odwołujący wskazał, że podane Standardy Techniczne nie zawierają w swojej treści zapisów pozwalających na zdefiniowanie znaczenia terminów PS- 93/60/E1 i PS-94/60/E1 i SB, nadto nie zawierają opisów technicznych pozwalających określić, co kryje się pod tymi pojęciami literowo-cyfrowymi. Standardy Techniczne, oznaczone przez zamawiającego w punkcie 2 SIWZ, były opracowane w zupełnie innym stanie prawnym, aniżeli obowiązujący w chwili obecnej, wprowadzają one jedynie zapisy, że dla torów klasy I należy stosować podkłady typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1, nie określają dla takich torów typów dedykowanych przytwierdzeń i podkładów, nadto zaś nie wyjaśniają tych pojęć.



Dowód: kopia Standardów Technicznych - szczegółowych warunków technicznych modernizacji linii kolejowych prędkości do  $V_{max} \leq 200$  km/h (dla taboru konwencjonalnego) /250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)” przyjętych do PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 r.

Powoduje to, według odwołującego, że nie ma żadnych źródeł odniesienia definiujących przedmiot zamówienia. Nadto w żadnym akcie prawnych nie występują definicje pojęć PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 albo SB. Oznaczenia te nie mogą stanowić opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji, kiedy nie zdefiniowano tych pojęć, albo nie odwołano się do odpowiednich dokumentów referencyjnych, wskazujących na zakres definiowania tych pojęć. Zamawiający nie może odwoływać się do przyjmowanego przez siebie zakresu definiowania, wynikającego z praktyki stosowania odpowiednich podkładów i systemów przytwierdzeń na rynku kolejowym. Przedmiot zamówienia winien być bowiem zdefiniowany precyzyjnie, czytelnie i jasno, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powtarzał, że w szczegółowych wymaganiach technicznych nie wskazano - co używane w SIWZ pojęcia oznaczają. SIWZ jest dokumentem o szczególnej roli w postępowaniu o zamówienie publiczne - z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawcy i oferty, w tym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w zakresie wyartykułowanym jednoznacznie i precyzyjnie w SIWZ (wraz ze stanowiącymi jej integralną część wyjaśnieniami), zgodnie z poszanowaniem wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Powoduje to, zdaniem odwołującego, że wykonawcy nie mają możliwości ustalenia na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne, oraz które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzają o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania. Z reguły nie jest tak, jakoby produkt równoważny posiadał wszystkie cechy rozwiązania referencyjnego, stąd potrzebne jest precyzyjne opisanie wszystkich parametrów równoważności. W przeciwnym razie decyzja zamawiającego w przedmiocie zgodności oferty zawierającej rozwiązania równoważne ze specyfikacją, obarczona byłaby nieuzasadnioną uznaniowością. W odniesieniu do SIWZ zaskarżonego niniejszym odwołaniem, podkreślał, że nie pozwala ona na poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, ograniczając możliwość złożenia oferty dla wykonawców, którzy nie dysponują konkretnymi, określonymi produktami, których parametrów technicznych nie powołano. Odwołujący podnosił, że wbrew twierdzeniom zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, sygn. akt KIO 446/16 dotyczącym tego samego postępowania przetargowego - do SIWZ nie załączono dokumentu ID-101. Jak

wynika z zapisów na stronie zamawiającego pod adresem: [http://www.plk-sa.pl/files/public/user\\_upload/pdf/Akty\\_prawne\\_i\\_przepisy/Instrukcje/WYKAZ\\_na\\_WWWakt\\_na\\_i4.04.2016.pdf](http://www.plk-sa.pl/files/public/user_upload/pdf/Akty_prawne_i_przepisy/Instrukcje/WYKAZ_na_WWWakt_na_i4.04.2016.pdf), takie instrukcje wewnętrzne u zamawiającego nie obowiązują. Na stronie internetowej zamawiającego znajduje się w odniesieniu do instrukcji typu ID zapis, że: „UWAGA: Prawa autorskie do poniższych Instrukcji przysługują PKP Polskie Linie Kolejowe SA., oznacza to, że nie mogą być one powielane ani rozpowszechniane w żadnej formie i w żaden sposób bez uprzedniego zezwolenia. Podmioty zainteresowane zawarciem umowy licencyjnej na korzystanie z Instrukcji proszone są o kontakt z właściwym Zakładem Linii Kolejowych. Podstawa prawna: Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 1994 nr 24, poz. 83).” Z tego wywodził, że instrukcje te nie są ogólnie dostępne i bez zawarcia odrębnej umowy wykonawcy nie mogą otrzymać legalnego wglądu do ich treści, co wynika ze złożonej wprost informacji, załączonej przez zamawiającego do tych instrukcji (wśród których i tak nie ma ID-101). Nadto, podkreślił że wykonawcą mogą być także inne podmioty, aniżeli producenci podkładów kolejowych, co powoduje, że pojęcia i rozszerzenie ich rozumienia winno zostać zdefiniowane w SIWZ. Uznał, że zamawiający potrafi określić przedmiot zamówienia dla składników interoperacyjności podsystemu infrastruktura, czego dowodem jest dokumentacja techniczna i SIWZ do zamówienia publicznego ogłoszonego na stronie zamawiającego pod numerem ICZ1A-231-08/2016, ogłoszonego 16 marca 2016 r., oraz załączone do SIWZ WTWiO, określone jako WTWiO robót Id-114, WTWiO szyn kolejowych\_Id-io6 i WTWiO\_zgrzein szyn kolejowych\_Id-H2. W tym przypadku (trzeciego z trzech składników interoperacyjności) zamawiający określił precyzyjnie przedmiot zamówienia, opisał go w SIWZ i dodatkowo załączył wymagania techniczne dla tego postępowania.

Dowód: wydruk SIWZ z postępowania ICZ1A-231-08/2016;

- WTWiO\_szyn kolejowych\_Id-io6.

W przypadku, gdyby zamawiający uznawał, że specyfika zamówienia wymaga wskazania konkretnych typów przedmiotu zamówienia (podkładów typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 i systemów przytwierdzeń typu SB) - zaznaczał, że wymagania normatywne dla tych elementów opisane są w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający w sposób nieuprawniony wyłącza zaś stosowanie odpowiednich norm prawnych dla przedmiotu zamówienia, określając w sposób sprzeczny z prawem dokumentację, której złożenia się domaga na potwierdzenie spełniania warunków technicznych przez przedmiot zamówienia. Posługując się do przedmiotu zamówienia wymogiem, że musi on być „wprowadzony do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei”. Zamawiający nie definiuje co oznacza ten wymóg. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25

cc. ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym: „Składniki interoperacyjności spełniają następujące wymagania:

- 1) są dopuszczone do eksploatacji, w przypadku gdy umożliwiają osiągnięcie interoperacyjności w ramach systemu kolei przy jednoczesnym spełnianiu zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei;
- 2) są użytkowane na przeznaczonym dla nich obszarze użytkowania oraz są odpowiednio zamontowane i utrzymywane;
- 3) posiadają deklaracje WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności systemu kolei określonymi w TSI oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 25t”.

Żaden z zapisów ustawy nie definiuje pojęcia „wprowadzenie do obrotu”. Zdefiniowana została jedynie „interoperacyjność systemu kolei” - za którą uważa się zdolność systemu kolei do zapewnienia bezpiecznego i nieprzerwanego ruchu pociągów, spełniającego warunki techniczne, ruchowe, eksploatacyjne i prawne, których zachowanie zapewnia dotrzymanie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei i umożliwia efektywne poruszanie się po transeuropejskiej sieci kolejowej.

A zatem odwołujący uznał, że pierwszy wymóg co do przedmiotu zamówienia został określony w sposób nieostry, który budzi wątpliwości co do jego zastosowania. W ocenie odwołującego chodziło o postawienie wymogu spełnienia warunków TSI, jednak trudno odwołującemu antycypować woli zamawiającego i motywacji do użycia stosownych zapisów w SIWZ. Nadto uznał, że nie określono także warunków wymogu drugiego - tj. dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury. Również to pojęcie jest niedookreślone i jedynie domyślał się, że jest ono tożsame z uzyskaniem odpowiednich wewnętrznych dopuszczeń. Odwołujący abstrahując od legalności stosowania takowych dopuszczeń i wskazał, że w SIWZ nie wyjaśniono, co oznaczają postawione względem przedmiotu zamówienia wymogi. Powoduje to niemożność przygotowania prawidłowej oferty, jak również skutkuje nieskorelowaniem wymogów co do przedmiotu zamówienia z żądanymi dokumentami.

Odwołujący zakwestionował całość punkcie 3 SIWZ, gdzie wskazuje się na obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ co do przedmiotu zamówienia (DOKUMENTY NA POTWIERDZENIE, ŻE OFEROWANE DOSTAWY SPEŁNIAJĄ WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO NA PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA. DŁUGOŚĆ GWARANCJI). W zapisie tym mowa jest o tym, że oferowane przez Wykonawcę produkty muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz

- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK SA.).

Ust. 2 punktu 3 wskazuje, że wymagane jest łącznie spełnienie następujących warunków:

W ramach wprowadzenia do obrotu: przedłożenie dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktów do obrotu w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu, w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są takie dokumenty jak:

- a) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub;
- b) deklaracja zgodności WE, lub
- c) inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.

Na marginesie wskazał, że zapis ten w zakresie żądanych dokumentów jest odmienny od wymagań dla przedmiotu zamówienia, który zgodnie z zapisem winien być „wprowadzony do obrotu w ramach interoperacyjności systemu kolei”, a w przypadku wymaganych dokumentów winien potwierdzać wprowadzenie do obrotu zapewniające pozytywną weryfikację podsystemu w rozumieniu TSI. W ramach dopuszczenia do stosowania: konieczne jest przedłożenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie do stosowania w ramach procedury SMS-PW-17. Szczegółowo określono dalsze wymagania i zwolnienia z nich w ust. 4-6 (punktu 3). W ust. 6 wskazuje się, że wszelkie deklaracje zgodności powinny jednoznacznie wskazywać jakie dokumenty normatywne odnoszą się do produktu objętego deklaracją, że produkt został przebadany w określony sposób i że spełnia wymagania przytoczonych dokumentów normatywnych. Jednocześnie w ust. 7 wskazano, że „Wykonawca złoży w ofercie, zamiast dokumentów opisanych w ust. 2 i 3, „Oświadczenie” (załącznik nr 5 do formularza oferty), w którym zadeklaruje on posiadanie wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt. Zamawiający zastrzega sobie prawo, że na etapie badania ofert może żądać powyższych dokumentów.

Odwołujący ponownie wyjaśniał, że podkłady i systemy przytwierdzeń są składnikami interoperacyjności w rozumieniu art. 25 a ust. 3 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym i Załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei. Po raz kolejny przytoczył art. 25 ust. 1. cc ustawy o transporcie kolejowym ustanawiający wymagania dla składników interoperacyjności. Jak wynika z ust 3 cytowanego przepisu (art. 25 cc) w celu wydania deklaracji WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności stosuje się przepisy określone w TSI (obecnie jest to rozporządzenie Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej). Deklaracja WE zgodności lub

przydatności do stosowania składnika interoperacyjności stwierdza, że składnik interoperacyjności spełnia zasadnicze wymagania dotyczące interoperacyjności systemu kolei określone w TSI lub specyfikacjach europejskich. Ustawa polska wskazuje, że dla każdego wprowadzanego na rynek składnika interoperacyjności konieczne jest posiadanie deklaracji WE, zaś zamawiający określił wymagane dokumenty alternatywnie - wskazując, że spełnienie wymogów interoperacyjności możliwe jest w trójnasób - dla przypomnienia poprzez:

- a) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub;
- b) deklarację zgodności WE, lub
- c) inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.

W przekonaniu odwołującego powoduje to taki skutek, że do postępowania przetargowego mogą stanąć podmioty, które nie spełniają minimalnych kryteriów bezpieczeństwa i nie są w stanie zaoferować produktów, które legalnie można wprowadzić na rynek. Powoduje to ograniczenie konkurencyjności dla podmiotów, które posiadają stosowne, wymagane prawem dokumenty, potwierdzające np. istnienie u nich systemu zarządzania jakością, co generuje koszty i wpływa na cenę produktu i wartość oferty. Ponownie przywołał zacytowany powyżej zakres rozumienia pojęcia „interoperacyjności systemu kolei” przez którą uważa się „zdolność systemu kolei do zapewnienia bezpiecznego i nieprzerwanego ruchu pociągów, spełniającego warunki techniczne, ruchowe, eksploatacyjne i prawne, których zachowanie zapewnia dotrzymanie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei i umożliwia efektywne poruszanie się po transeuropejskiej sieci kolejowej”.

Odwołujący przestrzegając, że SIWZ w opisanym kształcie - prowadzić może do uzyskania zamówienia - świadczonego przez wykonawcę, który oferuje produkty niespełniające żadnych wymogów prawnych. Skoro bowiem SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy określeniu czy produkt, lub produkt równoważny spełnia jego - oczekiwania, to nie może się na etapie oceny ofert powoływać się na nie. Niezgodności treści oferty ze SIWZ nie można domniemywać, gdyż to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, tj. np. wykazania przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy. W takim przypadku, przy braku określenia jakichkolwiek parametrów technicznych zamawianych produktów dochodzi do sytuacji, że w zasadzie każdy oferowany produkt z definicji będzie na potrzeby postępowania spełniał kryterium równoważności, z czego odwołujący wywiódł, że nie będzie można odrzucić żadnej oferty, nawet jawnie sprzecznej z przepisami prawa, uniemożliwiającej zastosowanie przedmiotu zamówienia w podsystemie. Dywagacje te dotyczą systemu przytwierdzeń, który został opisany jedynie poprzez wskazanie, że ma to

być system typu SB kompatybilny z podkładami typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1. Odwołujący podkreślał, że w wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 738/14) wskazano, że nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podtrzymał, że w przypadku zaskarżonego SIWZ zupełnie pominięto opis przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych, co narusza art. 29 ust. 1 Pzp. Podkreślał, że dla przedmiotu zamówienia istnieje obowiązek posługiwania się odpowiednią dokumentacją, dla możliwości wprowadzania go na rynek - co nie zostało uwzględnione przy opisie przedmiotu zamówienia.

## II. Naruszenie art. 30 Pzp

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

Jak wynika z brzmienia ust. 3 i 4 cytowanego przepisu, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 art. 30 Pzp, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Odwołujący po raz kolejny powtarzał zarzut, że zamawiający nie opisał w przedmiotowy sposób przedmiotu zamówienia, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że przedmiotem postępowania są konkretne podkłady strunobetonowe i odpowiednie dla nich systemy przytwierdzeń typu SB.

Odwołujący powtarzał, że w obrocie prawnym istnieją normy odnoszące się do przedmiotu zamówienia, opisane w cytowanym wyżej rozporządzeniu Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej - czyli wspólne specyfikacje techniczne i normy międzynarodowe, które pozwalają na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w

sposób określony w art. 30 Pzp. Stąd żądanie wskazania w treści SIWZ, że przedmiot zamówienia definiuje w zakresie zgodności z TSI - cytowane rozporządzenie.

Odwołujący pomocniczo wskazywał, że jak wynika z treści art. 10 Dyrektywy 2008/57/WE państwa członkowskie podejmują wszelkie niezbędne środki celem zapewnienia, by składniki interoperacyjności:

- a) były wprowadzone na rynek jedynie, jeśli umożliwiają osiągnięcie interoperacyjności w ramach systemu kolei przy jednoczesnym spełnianiu zasadniczych wymagań (szczegółowo warunki te określa Załącznik III do Dyrektywy),
- b) były użytkowane na przeznaczonym dla nich obszarze użytkowania oraz były odpowiednio zamontowane i utrzymywane.

Dyrektywa 2008/57/WE - ustanawia Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności (TSI) podsystemu infrastruktura, w których są zawarte konkretne wymagania dla podsystemu infrastruktura i składników interoperacyjności. Spełnienie zasadniczych wymagań dyrektywy 2008/57/WE i oceny zgodności z TSI następuje poprzez wykonanie badań w zgodzie z normą zharmonizowaną do dyrektywy PN-EN 13841-2, gdzie jest korelacja pomiędzy dyrektywą 2008/57/WE a TSI.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie zastosował w opisie żadnych norm odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, co powoduje, że doszło do naruszenia art. 30 ust. 1 Pzp. Przywołał kolejny wyrok KIO z dnia 15 listopada 2013 r. (KIO 2455/13; KIO 2460/13) - *„W ocenie Izby wymogi, co do interoperacyjności mogą zostać określone w SIWZ przez Zamawiającego w sposób opisowy co do warunków funkcjonalnych i technicznych realizacji przedmiotu zamówienia, tak, aby nie eliminować z góry i wprost określonych dostępnych na rynku technologii, (...). Zamawiający może określić, iż wymaga zdywersyfikowania producentów oferowanych przez wykonawców w różnych technologiach urządzeń, w taki sposób, aby nie uzależniać się faktycznie od jednego dostawcy.”*

Odwołujący podnosił, iż również taka forma opisu przedmiotu zamówienia nie została wykorzystana przez zamawiającego, który w niniejszym postępowaniu w ogóle nie określił warunków funkcjonalnych i technicznych dla przedmiotu zamówienia, co dyskwalifikuje SIWZ, jako niezgodny z zasadami określonymi w Pzp.

III. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji. W szczególności o tychże zasadach

stanowią przepisy art. 7, 15, 17, 24, 89 Pzp. Przepisy te wprowadzają obowiązki zarówno po stronie zamawiającego, jak i pozostałych uczestników postępowania. Art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z kolei art. 7 ust. 3 Pzp mówi o tym, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Określenie przez zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonania oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie mu wybrania najbardziej korzystnej z ofert. W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć oświadczenie, że posiada stosowne dokumenty potwierdzające spełnienie przez przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego. Wykonawca nie musi jednak składać takich dokumentów, poza kopią aktualnych wyników badań, jeżeli badania okresowe są wymagane WTWiO albo procedurą SMS-PW-7. Wykonawca nie musi składać (zgodnie z zapisami punktu 3 SIWZ) dokumentów wymaganych dla potwierdzenia spełniania przez oferowane produkty norm TSI (techniczne specyfikacje interoperacyjności), co zdaniem odwołującego narusza uczciwą konkurencję i przepisy prawa. Skoro bowiem ustawa polska wymaga, aby dla wprowadzenia na rynek składnika interoperacyjności konieczne było posiadanie przez ten składnik deklaracji WE, to zamawiający nie może modyfikować tego obowiązku poprzez określenie, że dla uznania przez niego zgodności technicznej oferowanego produktu z TSI (literalnie wprowadzonego do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności kolei) możliwe jest przedłożenie innych dokumentów, a taka sytuacja ma miejsce w niniejszym przypadku. Produkty, których dotyczy postępowanie podlegają bowiem obowiązkowej certyfikacji na zgodność z TSI. Zamawiający dla deklaracji WE dał zaś możliwość alternatywnego przedstawienia dokumentów - tj. w ust. 7 punktu 3 wskazał, że uznaje za dopuszczalne złożenie:

- a) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub;
- b) innego dokumentu uznawanego w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.

Odwołujący uznał takie działanie za niezgodne z prawem, albowiem żadne inne dokumenty nie mogą na gruncie prawa polskiego potwierdzać zgodności z TSI. Deklaracja zgodności jest niejaką częścią składową oferowanego produktu, zaś bez tej deklaracji produkt nie może obecnie zostać wprowadzony na rynek. Mimo tego, zamawiający wskazał, że producent posługujący się deklaracją WE nie musi jej składać, chociaż sam fakt spełniania przez produkty (dwa odrębne składniki interoperacyjności) warunków interoperacyjności jest przedmiotem badania na etapie oceny ofert. Wystarczające, dla oceny ofert - zgodnie z zapisami SIWZ jest złożenie oświadczenia o posiadaniu stosownych



dokumentów, przy czym zamawiający zastrzegł sobie możliwość żądania tych dokumentów na etapie oceny ofert. Ma to doniosłe znaczenie dla niniejszej sprawy, albowiem w sposób dyskryminujący traktuje wykonawców. Ten podmiot, który spełnia warunki ustawowe musi to bowiem wykazać na etapie składania ofert, zaś do uznaniowości zamawiającego należy, czy sprawdzi warunki techniczne oferty dla producentów, którzy nie spełniają specyfikacji europejskich TSI. Z gruntu narusza to interesy tej części wykonawców, którzy spełniają warunki TSI. Odwołujący uznał, że w ten sposób dopuszczono do udziału w postępowaniu takich wykonawców, którzy z definicji nie są w stanie przedstawić produktów spełniających warunki TSI i którzy tylko oświadczają, że posługują się dokumentami potwierdzającymi zgodność z TSI, których sama TSI nie zna. Daje to możliwość złożenia oferty przez każdego, bez jakiegokolwiek zapewnienia jakości i parametrów technicznych oferowanych produktów. W zasadzie już na etapie po wyłonieniu wykonawcy, zamawiający może żądać dokumentów nieznanymi prawu powszechnie obowiązującym, co także wypacza sens postępowania o zamówienie publiczne. W sytuacji, gdy postępowanie toczy się w ramach aukcji elektronicznej w zasadzie zapewnienie tego warunku uznał za iluzoryczne. Skoro bowiem ofertę mogą złożyć podmioty, które nie poddały produktów certyfikacji wymaganej przez ustawę - dopuszcza to możliwość składania ofert przez każdego i oferowania produktów, które nie spełnią jakichkolwiek wymagań technicznych. Dyskryminuje to tych wykonawców, którzy poddali swoje produkty certyfikacji i uzyskali stosowne certyfikaty WE oraz deklaracje WE. Certyfikacja wymaga znacznych nakładów finansowych i ma wpływ na cenę oferowanych dostaw. W sytuacji, gdy inne podmioty, które takiego bezwzględnie obowiązującego obowiązku ustawowego nie spełniają zostały dopuszczone do możliwości ofertowania i bycia wyłonionym jako wykonawca, ogranicza to dostęp do zamówienia dla tych podmiotów, które ofertują z uwzględnieniem zapisów prawa. W zakresie objętym wymogiem posiadania przez składnik interoperacyjności (jakim są systemy mocowań szyn i podkłady) odwołujący powołał się na przytoczone wyżej zapisy art. 25 cc ustawy o transporcie kolejowym, które nakładają taki obowiązek, nie wprowadzając żadnych odstępstw od tej zasady. Nadto generalna zasada wynikająca z rozporządzenia Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotycząca technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej (dalej rozporządzenie 1299) - w art. 7 mówi - każdy nowo wyprodukowany składnik interoperacyjności musi mieć deklarację WE. Zamawiający nie może zatem w sposób dowolny modyfikować tych przepisów, wskazując na inne dokumenty, jako pozwalające na potwierdzenie zgodności danego składnika z TSI. Nadto, zamawiający nie może wprowadzać takich zasad, które powodują, że bardziej korzystne jest wykazywanie na potrzeby postępowania przetargowego, że nie spełnia się wymagań opisanych wyżej dotyczących dokumentacji towarzyszącej wprowadzaniu składników interoperacyjności na

rynek, bo pozwala to na złożenie oferty bez załączenia stosownej dokumentacji. Odwołujący podkreślał, że deklaracja zgodności nie może być wystawiona łącznie dla dwóch składników interoperacyjności. A zatem również w tym przypadku zamawiający winien wskazać, że stosowne dokumenty żąda nie dla przedmiotu zamówienia (albo bliżej nie zdefiniowanych w SIWZ „produktów”), a dla każdego z jego elementów - tj. składników interoperacyjności. Kwestia dokumentacji została zaś opisana w sposób, który nie daje odpowiedzi na to, czy wystarczy przedstawienie dokumentów dla potwierdzenia dopuszczalności do obrotu dla jednego z elementów przedmiotu zamówienia, czy dla obu. W ocenie odwołującego zawarcie przez zamawiającego zapisów w punkcie 3 SIWZ stanowi naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez żądanie złożenia oświadczenia, które nie znajduje podstawy prawnej w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. nie jest przewidziane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Zawarcie takiego warunku naraża wykonawców na poniesienie dodatkowych kosztów w związku z udziałem w postępowaniu i zniechęca ich do wzięcia w nim udziału. Ponadto stawia niektórych wykonawców (nie spełniających wymogów ustawy) w uprzywilejowanej pozycji.

IV. Zarzuty odnoszone do rodzaju żądanych dokumentów. Procedura oceny zgodności z TSI.

Odwołujący stwierdził, że czynność oceny ofert, jest ostatnią w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzącą bezpośrednio do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności tej podlegają jedynie oferty, niepodlegające odrzuceniu, a zatem tylko takie, które spełniają wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteria służą wyborowi oferty, która w najwyższym stopniu spełnia najistotniejsze dla zamawiającego kryteria z punktu widzenia zaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb związanych z przedmiotem zamówienia. Wszystkie oferty poddane ocenie ofert, według ustalonych w SIWZ kryteriów, powinny zostać wcześniej zweryfikowane przez zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, zgodnie z określoną procedurą, jeśli zamawiający przewidział taką procedurę w SIWZ. W przypadku bowiem stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. Poddanie ocenie takich ofert, co do których zamawiający zaniechał badania ich zgodności z treścią SIWZ stanowiłoby istotne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle przepisów ustawy Pzp, ocenie ofert na podstawie ustalonych kryteriów oceny powinny podlegać oferty złożone

przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu oraz tylko takie oferty, których przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest zobowiązany dokonać badania spełniania przez wykonawców warunków udziałów w postępowaniu (podstaw wykluczenia z postępowania) oraz badania ofert - w zakresie weryfikacji podstaw do odrzucenia, w tym m.in. w zakresie spełniania przez oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących przedmiotu zamówienia. W rozpisany przetargu zamawiający dopuszcza zaś możliwość nieweryfikowania oferty pod kątem zgodności oferowanych produktów z treścią SIWZ, wskazując w punkcie 3 ust. 7 SIWZ, że wykonawca może przedłożyć dokumenty pozwalające na weryfikację oferty (co do zgodności z SIWZ) na żądanie zamawiającego na etapie oceny ofert. W takim przypadku dochodzi do istotnego łamania uczciwej konkurencji i *a priori* dyskwalifikuje prawidłowość postępowania przez zamawiającego na etapie oceny ofert. Kwestionowany zapis ma brzmienie: „Wykonawca złoży w ofercie, zamiast dokumentów opisanych w ust. 2 i 3 „Oświadczenie” (Załącznik nr 5 do Formularza Oferty), w którym zadeklaruje on posiadanie wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt. Zamawiający zastrzega sobie prawo, że na etapie badania ofert może żądać powyższych dokumentów”. A zatem - na etapie badania ofert, stosując uznaniowe kryterium zamawiający może, ale nie musi zażądać od wszystkich albo od części wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez przedmiot zamówienia kryteriów SIWZ. W odniesieniu do kryteriów oceny ofert odwołujący zaznaczył, że jeśli zamawiający decyduje się w publicznie prowadzonym w trybie Pzp postępowaniu na odwołanie do określonych, ogólnie dostępnych standardów i dokumentacji technicznych w tym zakresie funkcjonujących w powszechnym obrocie, nie przepisując ich wprost do postanowień SIWZ choćby z racji ekonomii, powinien w sposób wyraźny określić po pierwsze ogólnie dostępne źródło tych informacji, a po drugie, określić wersję owego dokumentu, tak aby wykonawcy, przygotowując ofertę do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, nie mieli wątpliwości, która wersja oficjalnego dokumentu, na modyfikację którego zamawiający nie ma wpływu, jest obowiązująca. Tego wymogu zamawiający nie spełnił, określając jedynie konieczność zapewnienia interoperacyjności przez oferowane produkty, ale już nie określając jakie TSI winny zostać spełnione dla możliwości złożenia oferty. Ma to o tyle znaczenie, że na etapie oceny ofert okoliczność ta powinna być jasna dla wykonawców, którzy przystąpią do wykonania zamówienia. Stosownie do określonego w SIWZ przedmiotu zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym potwierdzenie warunków dotyczących jakości, jednakże te warunki nie mogą bez

uzasadnienia uprzywilejować jednych wykonawców kosztem innych. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Rolą wykonawcy składającego ofertę jest wykazanie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. W celu potwierdzenia przedmiotowej okoliczności, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenie lub określony dokument. Są to swego rodzaju środki dowodowe, którymi wykonawca wykazuje spełnienie pożądaných przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Rodzaje i formy tych środków dowodowych, określa treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Dokumentami potwierdzającymi zgodność ze wskazanymi normami może być np. ocena techniczna niezależnego laboratorium lub deklaracja zgodności producenta. Cytowany art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei § 6 pkt 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, stanowi że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający

wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji. Pkt 3 wskazuje, że wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2-4, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Nadto pkt 4 cytowanego § 6 mówi, że wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2-4, złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem. Nigdzie jednak nie wskazano na możliwość powołania się na dokumenty zamawiającego albo własne wykonawcy, jako potwierdzenie spełnienia wymogów SIWZ. W zakresie „dopuszczania” wyrobów stanowiących elementy nawierzchni kolejowej, torowej do stosowania na sieci zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.), odwołujący zwrócił uwagę, że zawarte wymagania w pkt. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaplanowane do współfinansowania przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, nie są zgodne z wymaganiami europejskimi i krajowymi w zakresie dopuszczania wyrobów spełniających specyfikacje techniczne i dokumenty normatywne. Zarządca Infrastruktury PKP PLK S.A. zawarł w pkt. 3 ppkt 1 drugi tiret wymaganie w brzmieniu „dopuszczenie do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.)”, z którego wynika jednoznacznie, że wyroby budowlane stosowane dla kolei - składniki interoperacyjności, tj. podkłady strunobetonowe typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB muszą być dopuszczone przez podmiot PKP PLK S.A., który jest w świetle przepisów zamawiającym. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący uznał, że procedura sprawdzająca, czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami zamawiającego, opisana w SIWZ, w punkcie 3 nie stanowi kryterium oceny ofert. Odwołujący uważał, że zwolnienie wykonawców z obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie SIWZ przed wyborem najkorzystniejszej oferty musi być oceniane jako zwolnienie się przez zamawiającego z oceny ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Ponowił argumentację, że wszystkie oferty poddane ocenie ofert, według ustalonych w SIWZ kryteriów, powinny zostać wcześniej zweryfikowane przez zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, zgodnie z określoną procedurą, jeśli zamawiający przewidział taką procedurę w SIWZ. W przypadku bowiem stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. Poddanie ocenie takich ofert, co do których

zamawiający zaniechał badania ich zgodności z treścią SIWZ stanowiłoby istotne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający tak określił obowiązki wykonawców, że nie będzie miał narzędzi do weryfikacji ich ofert pod kątem zgodności z SIWZ. W ten sposób może dojść do sytuacji, że oferty ze złożoną deklaracją WE będą podlegały ocenie i np. odrzuceniu, a takiego zabiegu nie będzie można wykonać w stosunku do ofert z oświadczeniami producentów, wskazującymi, że posiadają stosowną dokumentację, pozwalającą na weryfikację przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. Takie ukształtowanie przepisów zakłada zatem nierówne traktowanie oferentów w toku postępowania przetargowego i dyskwalifikuje zapisy SIWZ. Zasada przejrzystości nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie Pzp - faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji - jednak znajduje wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak np. art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 Pzp. Z zasad tych (zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wskazane w SIWZ, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów (art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp), a także - przede wszystkim - to, że zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza dozwolonymi zmianami specyfikacji). Niedopuszczalna jest jednak zmiana SIWZ, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert. Zdaniem odwołującego zachodziłaby tak sytuacja, gdyby zezwolić na przedkładanie dowolnych dokumentów (albo ich nieprzedkładanie) po terminie składania ofert.

W podsumowaniu, odwołujący posiłkując się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 736/15 i 739/15, stwierdził, iż organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednak za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować. Izba nie może wyręczyć zamawiającego i w wyroku nakazać konkretny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza konkurencji i jednocześnie odpowiada potrzebom zamawiającego, a następnie nakazać dokonania tak opisanego zakupu. Pozornym rozwiązaniem powyższego problemu jest ogólne nakazywanie w wyroku dokonania takiej modyfikacji postanowień SIWZ, aby stały się zgodne z przepisami, zrozumiałe czy otwarte na konkurencję etc. Wyrok z sentencją tego typu pozostaje nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 Pzp i tym samym wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne (co budzić będzie np. wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp). Należy postulować, aby w miarę możliwości unikać formułowania orzeczeń niekonkretnych, ale w

przypadku niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń przepisów, nakazywać raczej usunięcie postanowień, z których owe naruszenia wynikają, a w skrajnych przypadkach nakazywać nawet unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podnosił, że takie stanowisko przyświecało mu przy formułowaniu wniosków ewentualnych, określonych w żądaniach odwołania. Izba uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Odwołujący podkreślał, że zgadza się ze stanowiskiem, iż zamawiający ma możliwość stosowania zapisów SIWZ, które uwzględniają jego uzasadnione potrzeby. Uznał jednak, że zamawiający zupełnie tych potrzeb nie określił i sprowadził się jedynie do żądania dokumentów albo oświadczenia o ich posiadaniu - a to celem wykazania, że przedmiot zamówienia spełnia te nieokreślone wymogi. Zupełnie pominięto przy tym, że przedmiotem zamówienia są dwa odrębne składniki interoperacyjności, których byt faktyczny i prawny jest regulowany innymi normami. Ponieważ zgodność składników interoperacyjności z wymaganiami TSI jest wymogiem normatywnym i stanowi pewne minimum, jakie bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa nakładają na strony rynku kolejowego, odwołujący uznał, że powołanie tego minimum w warunkach SIWZ jest jak najbardziej konieczne i uzasadnione. Odwołujący powołał też zapisy ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, które obowiązek ten nakładają. Wyroby stosowane do zabudowy w podsystemie infrastruktura kolei muszą być, w zależności od ich przeznaczenia i obszaru, gdzie docelowo zostaną zabudowane, wyprodukowane i dopuszczone do stosowania zgodnie z:

- ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jednolity Dz. U. z 2014 r. poz. 1645 z późn. zm.);
- ustawą z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jednolity Dz. U. z 2015r. poz. 1297 z późn. zm.);
- rozporządzeniem Komisji UE Nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącym technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. U. U. E. L356 z 12.12.2014 r.);
- rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei (Dz. U. z 2016 r., poz. 254);
- rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 27 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu właściwych krajowych specyfikacji technicznych i dokumentów normalizacyjnych, których zastosowanie umożliwia spełnienie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei (Dz. U. z 2013 r., poz. 43);

- rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczenia do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz. U. poz. 720);
- komunikatem Komisji 2013/C 345/03 w ramach wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie - Publikacja tytułów i odniesień do norm zharmonizowanych na mocy prawodawstwa harmonizacyjnego Unii. (Dz. U. U. E. C 345 z 26.11.2013 r.) z późn. zm.);
- rozporządzeniem w sprawie jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Transportu w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem w transporcie kolejowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 328).

Zdaniem odwołującego spełnienia wymienionych norm nie zapewnia SIWZ, posługując się pozaprawną terminologią, nie odwołując się do dokumentów normatywnych, nie definiując wprowadzonych pojęć.

Odwołujący po raz kolejny wyjaśniał, że TSI (techniczne specyfikacje interoperacyjności) zostały zdefiniowane w Rozporządzeniu Komisji (UE) NR 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącym technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej. Jak wynika z tej regulacji - zasadą jest, że składniki interoperacyjności muszą posiadać deklarację WE zgodności lub przydatności do stosowania. Jak wynika z cytowanego przepisu art. 7 - nowowyprodukowane (od 01.01.2016 r.) składniki interoperacyjności wymagają bezwzględnie oceny zgodności z TSI oraz wystawienia deklaracji WE. Nadto aktualne są także zapisy dotyczące okresów przejściowych, uregulowane w art. 7 ust. 1 rozporządzenia, które wprowadzając wyjątek od opisanej wyżej zasady, (że konieczne jest dla wprowadzenia na rynek wystawienie deklaracji WE) - wprowadziły warunki jego zastosowania. Do okresów przejściowych stosuje się także zapisy art. 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia oraz punkt 6.5. Załącznika do rozporządzenia, na zasadach tam opisanych. W szczególności do 31 maja 2021r. istnieje możliwość weryfikacji WE podsystemu zawierającego składniki interoperacyjności nie posiadające deklaracji WE o zgodności lub przydatności do stosowania, o ile składniki te zostały wyprodukowane do 31.12.2015 r. i spełnią wymagania techniczne opisane w rozporządzeniu. Jednym z warunków jest wcześniejsze stosowanie danego składnika interoperacyjności w zatwierdzonym i oddanym do eksploatacji podsystemie, w co najmniej jednym państwie członkowskim UE, przed wejściem w życie nowych TSI. Odwołujący uznał okoliczności te za na tyle ważne, że skoro zamawiający chce uzyskać produkty pochodzące z przełomu lat 2015 i 2016 (ten zapis w SIWZ uznał za dyskusyjny), winien wskazać odrębnie dla każdego z analizowanych przypadków - tj. dla



systemów produkowanych do dnia 31.12.2015 r. i tych, produkowanych od 01.01.2016 r. odmienne wymagania co do TSI. Dla tych składników interoperacyjności (osobno dla podkładów i osobno dla systemów przytwierdzeń) - jeśli zostały wyprodukowane do 31.12.2015 r. nie jest konieczne żądanie deklaracji WE, ale w takim przypadku jest konieczne zweryfikowanie, czy spełnione są określone w TSI warunki techniczne (art. 7 ust. 2 i 3 Rozporządzenia oraz punkt 6.5. Załącznika do Rozporządzenia). W przypadku składników interoperacyjności wyprodukowanych od 01.01.2016 r. konieczne jest wystawienie przez wykonawcę będącego producentem deklaracji WE na każdy składnik z osobna. W przypadku braku spełnienia tych warunków niemożliwe jest bowiem wprowadzenie na rynek tych składników interoperacyjności i uzyskanie certyfikatu WE podsystemu Infrastruktura, co jest warunkiem wstępnym do dopuszczenia tego podsystemu do eksploatacji. Brak uwzględnienia tych dwóch stanów prawnych i faktycznych potwierdza że SIWZ jest nieprecyzyjny i nie uwzględnia dwóch zupełnie odmiennych stanów prawnych, jakie w sprawie mogą wystąpić.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników dopuściła z urzędu dowód z akt sprawy odwoławczej sygn. akt. KIO 446/16, w tym protokół rozprawy z dnia 11 kwietnia 2016 r. oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt. KIO 446/16 z dnia 18 kwietnia 2016 r. Dopuszcila również dowód z zakresu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej przez zamawiającego dnia 8 kwietnia 2016 r., która przedstawia się następująco.

Punkt 2 ust. 1 SIWZ „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” BYŁO: „ 2 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 75000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150 000 kompletów (150000 sztuk przekładek podszytowych kształtowych, 300000 sztuk łapek sprężystych, 300 000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy I na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. "Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew", przy kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260- 41,120, 43,000-47,570.

Szczegółowe wymagania techniczne:

Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 traktuje się jako równoważne, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu. Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu (dotyczy to typu przekładki podszytovej).

Warunki logistyczne dostaw: (...)

#### JEST: 2 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 75000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150 000 kompletów (150 000 sztuk przekładek podszynowych kształtowych, 300 000 sztuk łapek sprężystych, 300 000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy I na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. "Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków-Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew", przy kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260- 41,120, 43,000-47,570.

Szczegółowe wymagania techniczne:

Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A).

Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 (oznaczenia te należy rozumieć jako podkłady strunobetonowe typu PS-93 i PS-94 przystosowane do szyn typu 60E1), traktuje się jako równoważne w torach określonej klasy, wg zapisów w „Standardach Technicznych - szczegółowych warunkach technicznych dla modernizacji linii kolejowych do prędkości  $V_{max} < 200$  km/h (dla taboru konwencjonalnego) / 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)" przyjętych w PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 roku, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu.

Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu.

Warunki logistyczne dostaw: (...)

Punkt 3 SIWZ DOKUMENTY NA POTWIERDZENIE ŻE OFEROWANE DOSTAWY SPEŁNIAJĄ WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO NA PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA. DŁUGOŚĆ GWARANCJI

BYŁO:

1. Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej powinny być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A).

2. W szczególności wymagane jest łącznie (z zastrzeżeniem ust. 7):

W ZAKRESIE WPROWADZENIA DO OBROTU - przedłożenie dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktu do obrotu w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu, w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są takie dokumenty jak:

- a. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub
- b. deklaracja zgodności WE - dokument dostarczany przez Wykonawcę wraz z dostawą, lub
- c. inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI-Infrastruktura

W ZAKRESIE DOPUSZCZENIA DO STOSOWANIA NA SIECI PKP PLK S.A. -przedłożenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie produktu do stosowania, wydane w trybie procedury SMS-PW-17 (dostępna na stronie Zamawiającego), w rozumieniu rozporządzenia w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem kolei, z zastrzeżeniem ust. 3.

3. W przypadku elementów nawierzchni eksploatowanych na sieci PKP PLK S.A. w ramach normalnej eksploatacji, tj. poza poligonami/odcinkami badawczym - i przed dniem wejścia w życie nowelizacji procedury SMS, tj. przed 27.10.2015 r. - wymagane jest przedłożenie dokumentów potwierdzających zgodność produktu z warunkami technicznymi wykonania i odbioru, przyjętymi do stosowania w PKP PLK S.A. jako dokumenty serii Id, a w przypadku elementów nawierzchni nimi nie objętych -dokumentów potwierdzających zgodność produktu z: - indywidualnymi warunkami technicznymi wykonania i odbioru producenta, uzgodnionymi lub zatwierdzonymi przez PKP PLK S.A. do stosowania w ramach normalnej eksploatacji, lub

- innymi, uznanymi przez PKP PLK S.A., dokumentami odniesienia.

4. W przypadkach, gdy badania okresowe wyrobu są przewidziane warunkami technicznymi wykonania i odbioru, lub warunkami ustalonymi w ramach procedury SMS-PW-17, wymagane jest przedstawienie w ofercie kopii aktualnych wyników tych badań - zgodnie z cyklem badań podanym w tych warunkach.

5. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków, o których mowa w ust. 3 jest odpowiednio: deklaracja zgodności z warunkami technicznymi serii Id, deklaracja zgodności z indywidualnymi warunkami technicznymi, lub deklaracja zgodności z innymi dokumentami odniesienia, wystawiona przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela.

6. Wszelkie deklaracje zgodności powinny w jednoznaczny sposób wskazywać jakie dokumenty normatywne odnoszą się do produktu objętego deklaracją, że produkt został przebadany w określony sposób i że spełnia wszystkie wymagania przytoczonych dokumentów normatywnych.

7. Wykonawca złoży w ofercie, zamiast dokumentów opisanych w ust 2-5 „Oświadczenie” (Załącznik nr 5 do Formularza Oferty), w którym zadeklaruje on posiadanie

wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt (z wyłączeniem Deklaracji Zgodności WE), które to dokumenty będzie zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu co najmniej 3 dni przed dniem podpisania umowy. Zamawiający zastrzega sobie prawo, że na etapie badania ofert może żądać powyższych dokumentów,

JEST:

„ 3 DOKUMENTY NA POTWIERDZENIE ŻE OFEROWANE DOSTAWY SPEŁNIAJĄ WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO NA PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA. DŁUGOŚĆ GWARANCJI

1. Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A).

2. W szczególności wymagane jest łącznie (z zastrzeżeniem ust. 7):

W ZAKRESIE WPROWADZENIA DO OBROTU przedłożenie dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktu do obrotu w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu, w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są takie dokumenty jak:

- a. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub
- b. deklaracja zgodności WE (dokument dostarczany przez Wykonawcę wraz z dostawą), lub
- c. inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI-Infrastruktura.

W ZAKRESIE DOPUSZCZENIA DO STOSOWANIA NA SIECI PKP PLK S.A. -przedłożenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie produktu do stosowania, wydane w trybie procedury SMS-PW-17 (dostępna na stronie Zamawiającego), w rozumieniu rozporządzenia w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem kolei, z zastrzeżeniem ust. 3.

3. W przypadku elementów nawierzchni eksploatowanych na sieci PKP PLK S.A. w ramach normalnej eksploatacji, tj. poza poligonami/odcinkami badawczym - i przed dniem wejścia w życie nowelizacji procedury SMS, tj. przed 27.10.2015 r. - wymagane jest przedłożenie dokumentów potwierdzających zgodność produktu z warunkami technicznymi wykonania i odbioru, przyjętymi do stosowania w PKP PLK S.A. jako dokumenty serii Id, a w przypadku elementów nawierzchni nimi nie objętych - dokumentów potwierdzających zgodność produktu z:

- indywidualnymi warunkami technicznymi wykonania i odbioru producenta, uzgodnionymi lub zatwierdzonymi przez PKP PLK S.A. do stosowania w ramach normalnej eksploatacji, lub

- innymi, uznanymi przez PKP PLK S.A., dokumentami odniesienia.
- 4. W przypadkach, gdy badania okresowe wyrobu są przewidziane warunkami technicznymi wykonania i odbioru, lub warunkami ustalonymi w ramach procedury SMS-PW-17, wymagane jest przedstawienie w ofercie kopii aktualnych wyników tych badań - zgodnie z cyklem badań podanym w tych warunkach.
- 5. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków, o których mowa w ust. 3, jest odpowiednio: deklaracja zgodności z warunkami technicznymi serii Id, deklaracja zgodności z indywidualnymi -warunkami technicznymi, lub deklaracja zgodności z innymi dokumentami odniesienia, wystawiona przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela.
- 6. Wszelkie deklaracje zgodności powinny w jednoznaczny sposób wskazywać, jakie dokumenty normatywne odnoszą się do produktu objętego deklaracją, że produkt został przebadany w określony sposób i że spełnia wszystkie wymagania przytoczonych dokumentów normatywnych.
- 7. Wykonawca złoży w ofercie, zamiast dokumentów opisanych w ust. 2 i 3 „Oświadczenie” (Załącznik nr 5 do Formularza Oferty), w którym zadeklaruje on posiadanie wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt. Zamawiający zastrzega sobie prawo, że na etapie badania ofert może żądać powyższych dokumentów. Gwarancja (...)

Z ustaleń wyroku sygn. akt KIO 446/16 wynika, że wykonawca Plastwil Sp. z o.o. Sp.j. z siedzibą Ujście wniósł w dniu 26 marca 2016 r. odwołanie wobec postanowień SIWZ, opublikowanej 26 marca 2016 r., wskazując czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, przez:

- 1) brak określenia przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 i 30 Pzp oraz brak możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań referencyjnych;  
-sformułowanie SIWZ w sposób:
- 2) naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania;
- 3) uniemożliwiający ocenę przedmiotu zamówienia pod kątem jego zgodności w SIWZ przed dokonaniem oceny ofert;
- 4) uniemożliwiający określenie specyfikacji technicznych przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał naruszone przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3; 2) art. 25 ust. 1 i 2 w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów” - w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego; 3) art. 29 ust. 1, 2 i 3; 4) art. 30 ust. 1 i 2; 5) art. 91 ust 1 i 2.

Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (punkt 2) i wymaganych dokumentów (punkt 3) i zobowiązanie zamawiającego do prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia oraz wskazanie treści SIWZ uwzględniającej powszechnie obowiązujące przepisy prawa, na zasadach określonych w odwołaniu tj.:

a) przez uchylenie SIWZ w punkcie 2 i zastąpienie tego punktu opisem, że zamawiający określa przedmiot zamówienia w ten sposób, że jest nim dostawa nowych podkładów strunobetonowych z systemami przytwierdzeń spełniających wymagania TSI, pozwalających na zastosowanie dla linii kolejowej klasy 1, o klasie obciążeń D3;

b) przez uchylenie całego punktu 3 i podanie w miejsce kwestionowanych opisów, że wykonawca ma obowiązek stosowania takich składników interoperacyjności, które posiadają już stosowne certyfikaty WE zgodności lub przydatności do stosowania, wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, i dla których wydana została deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania.

Ponadto, dodanie opisu, że w przypadku konieczności zastosowania składnika interoperacyjności, który nie posiada certyfikatu WE zgodności lub przydatności do stosowania wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i/lub dla którego nie została wydana deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania, wykonawca jest zobowiązany zlecić notyfikowanej jednostce certyfikującej ocenę zgodności lub przydatności do stosowania dla tego składnika interoperacyjności. Na podstawie uzyskanego certyfikatu WE zgodności lub przydatności do stosowania dla tego składnika interoperacyjności, wykonawca jest zobowiązany do wystawienia deklaracji WE zgodności lub przydatności do stosowania;

c) przez wskazanie w SIWZ, że TSI jakich spełnienia żąda zamawiający określone zostały w rozporządzeniu Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącej technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej;

d) przez wskazanie w treści SIWZ, że wykonawca ma obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez przedmiot zamówienia wymogów SIWZ (żądanych przez zamawiającego) przed dokonaniem oceny ofert.

Uzasadnienie odwołania. I. Uwagi ogólne. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest producentem systemów mocowań (przytwierzeń), w związku z tym ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i ma zamiar być uczestnikiem tego postępowania. Może ubiegać się o udzielenie zamówienia, w związku z tym spełnił przesłanki z art. 179 Pzp. Ponadto, istnieje ryzyko poniesienia przez odwołującego szkody, sprowadzającej się do nie uzyskania zamówienia, a wobec dopuszczenia do postępowania wykonawców, których oferty mogą nie uwzględniać bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy (co ma wpływ na zaoferowaną cenę), możliwe jest utrudnienie odwołującemu dostępu do zamówienia.

Zobowiązanie zamawiającego do podania wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikających z przepisu art. 29 ust. 1 Pzp oznacza, że rolą zamawiającego jest ustalenie i przekazanie potencjalnemu wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia oferty, obowiązek ten zamawiający winien zrealizować samodzielnie. Odsyłanie do treści dokumentów niewskazanych wyraźnie wykonawcy, nie może być uznane za prawidłową realizację normy art. 29 ust. 1 Pzp.

Realizacja wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga transparentności działań zamawiającego. Istotą zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dopuszczenie do realizacji zamówienia, tyłu różnych produktów, które realizować będą cel założony przez zamawiającego. Cel ten nie może być ograniczony przez opisanie cech produktu referencyjnego bez wskazania cech produktów równoważnych.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie sprostął opisanym wyżej zasadom opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

## II. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

A. Cytując opis przedmiotu zamówienia, odwołujący wskazał, że podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 traktuje się jako równoważne, zaś systemy przytwierzeń mają odpowiadać typowi oferowanych podkładów. Odwołujący kwestionuje ten opis.

Opis przedmiotu zamówienia nie spełnia normy z art. 29 ust. 1 Pzp. Po pierwsze, opis nie może określać konkretnego typu podkładów i systemów mocowań, ale może wskazywać konkretny typ i dopuszczać rozwiązania równoważne (przy czym w tym ostatnim przypadku rozwiązanie równoważne winno wskazywać na co najmniej minimalny zakres parametrów). W opisie zamawiającego określono konkretnie dwa typy podkładów i jeden typ systemów mocowania wskazując, że są one równoważne.

Odwołujący wskazał uchwałę KIO z dnia 7 września 2015 r., sygn. akt KIO/KD/50/15, w sprawie naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp. Stwierdził, że w zaskarżonej SIWZ zamawiający w ogóle nie sformułował wymagań technicznych (parametrów) dla podkładów i systemów przytwierdzeń. Powoduje to, że wykonawcy nie mają możliwości ustalenia na podstawie SIWZ jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz, które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzą o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania. Zastrzegł, że z reguły nie jest tak, jakoby produkt równoważny posiadał wszystkie cechy rozwiązania referencyjnego, stąd istotne jest precyzyjne opisanie wszystkich parametrów równoważności. W przeciwnym razie decyzja zamawiającego w przedmiocie zgodności oferty zawierającej rozwiązania równoważne ze specyfikacją, obarczona byłaby nieuzasadnioną uznaniowością.

Wskazał zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do SIWZ podkreślił, że nie pozwala ona na poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, ograniczając możliwość złożenia oferty wykonawcom, którzy nie dysponują konkretnymi, określonymi produktami, których parametrów technicznych nie powołano.

B. W przypadku, gdyby zamawiający uznawał, że specyfika zamówienia wymaga wskazania konkretnych typów przedmiotu zamówienia (podkładów typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 i systemów przytwierdzeń typu SB) - odwołujący wskazał, że wymagania normatywne dla tych elementów opisane są w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający w sposób nieuprawniony wyłącza stosowanie odpowiednich norm prawnych dla przedmiotu zamówienia, określając w sposób sprzeczny z prawem dokumentację, której złożenia się domaga, na potwierdzenie spełniania warunków technicznych przez przedmiot zamówienia.

W punkcie 3 SIWZ (którego treść w całości odwołujący kwestionuje) zamawiający wskazał na obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ co do przedmiotu zamówienia.

W opisie tym jest mowa, że oferowane przez wykonawcę produkty powinny być:  
-wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz  
-dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.).

Postanowienia ust. 2 punktu 3 wskazują, że wymagane jest łącznie spełnienie następujących warunków: -w ramach wprowadzenia do obrotu: przedłożenie dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktów do obrotu w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są takie dokumenty jak: a) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu



budowli, lub b) deklaracja zgodności WE, lub c) inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.

W ramach dopuszczenia do stosowania konieczne jest przedłożenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie do stosowania w trybie procedury SMS-PW-17. Szczegółowo określono dalsze wymagania i zwolnienia z nich w ust. 4-6.

W ust. 6 wskazano, że wszelkie deklaracje zgodności powinny jednoznacznie wskazywać jakie dokumenty normatywne odnoszą się do produktu objętego deklaracją, że produkt został przebadany w określony sposób i że spełnia wymagania przytoczonych dokumentów normatywnych.

Jednocześnie w ust. 7 wskazano, że z wyłączeniem deklaracji zgodności wykonawca może złożyć oświadczenie, że posiada stosowne dokumenty i zobowiąże się do ich dostarczenia w terminie na 3 dni przed podpisaniem umowy.

Dla porządku odwołujący wskazał, że podkłady i systemy przytwierdzeń są składnikami interoperacyjności w rozumieniu art. 25a ust. 3 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym i załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei.

Jest to o tyle istotne, że art. 25 cc ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym wskazuje, że składniki interoperacyjności muszą spełniać łącznie następujące wymagania:

- 1) są dopuszczone do eksploatacji, w przypadku gdy umożliwiają osiągnięcie interoperacyjności w ramach systemu kolei przy jednoczesnym spełnianiu zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei;
- 2) są użytkowane na przeznaczonym dla nich obszarze użytkowania oraz są odpowiednio zamontowane i utrzymywane;
- 3) posiadają deklaracje WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności systemu kolei określonymi w TSI oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 25t ustawy o transporcie kolejowym.

Z ust 3. cytowanego przepisu (art. 25 cc) wynika, że w celu wydania deklaracji WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności stosuje się przepisy określone w TSI (obecnie jest to rozporządzenie Komisji nr 1299/ 2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej). Deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania składnika interoperacyjności stwierdza, że składnik interoperacyjności spełnia

zasadnicze wymagania dotyczące interoperacyjności systemu kolei określone w TSI lub specyfikacjach europejskich.

Polska ustawa wskazuje, że dla każdego wprowadzanego na rynek składnika interoperacyjności konieczne jest posiadanie deklaracji WE, zaś zamawiający określił wymagane dokumenty alternatywnie, wskazując, że spełnienie wymogów interoperacyjności możliwe jest w trójnasób, przez: a) świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub; b) deklarację zgodności WE, lub c) inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.

Powoduje to taki skutek, że w postępowaniu mogą brać udział podmioty, które nie spełniają minimalnych kryteriów bezpieczeństwa i nie są w stanie zaoferować produktów, które legalnie można wprowadzić na rynek. Skutkuje to ograniczeniem konkurencyjności podmiotów, które posiadają stosowne, wymagane prawem dokumenty, potwierdzające np. istnienie u nich systemu zarządzania jakością, co generuje koszty i wpływa na cenę produktu i wartość oferty.

Ponadto, obowiązywanie SIWZ w opisanym kształcie może prowadzić do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który oferuje produkty niespełniające żadnych wymogów prawnych. Skoro SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy określeniu czy produkt równoważny spełnia jego oczekiwania, to nie może się na nie powoływać na etapie oceny ofert. Niezgodności treści oferty z SIWZ nie można domniemywać, wobec obowiązku zamawiającego wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, tj. np. wykazania przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy. W takim przypadku, przy braku określenia jakichkolwiek parametrów technicznych zamawianych produktów dochodzi do sytuacji, że w zasadzie każdy oferowany produkt z definicji będzie spełniał na potrzeby postępowania kryterium równoważności, a co za tym idzie, nie będzie można odrzucić żadnej oferty, nawet jawnie sprzecznej z przepisami prawa, uniemożliwiającej zastosowanie przedmiotu zamówienia w podsystemie. Dywagacje te dotyczą systemu przytwierdzeń, który został opisany jedynie przez wskazanie, że ma to być system typu SB kompatybilny z podkładami typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1.

Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 738/14 i stwierdził, że w zaskarżonej SIWZ zupełnie pominięto opis przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych, co narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Podkreślił także, że dla przedmiotu zamówienia istnieje obowiązek posługiwania się odpowiednią dokumentacją, dla możliwości wprowadzania go na rynek, co nie zostało uwzględnione przy opisie przedmiotu zamówienia.

III. Naruszenie art. 30 ustawy Pzp.

Odwołujący zacytował treść art. 30 ust. 1 i 2 Pzp. Wskazał, że z ust. 3 i 4 przepisu wynika: opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Zamawiający nie opisał w przedstawiony sposób przedmiotu zamówienia, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że przedmiotem postępowania są konkretne podkłady strunobetonowe i odpowiednie dla nich systemy przytwierdzeń typu SB.

Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 15 listopada 2013 r., KIO 2455/13; KIO 2460/13. Wskazał, że zamawiający w tym postępowaniu w ogóle nie określił warunków funkcjonalnych i technicznych przedmiotu zamówienia, co dyskwalifikuje SIWZ, jako niezgodną z zasadami określonymi w Pzp.

#### IV. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w szczególności o zasadach uczciwej konkurencji stanowią przepisy art. 7, 15, 17, 24, 89 Pzp, które wprowadzają obowiązki po stronie zamawiającego i uczestników postępowania. Zacytował przepisy art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wskazując, że określenie przez zamawiającego norm jakie mają spełniać stosowane przez wykonawców środki techniczne, ma za zadanie umożliwienie dokonania oceny spełnienia wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie zamawiającemu wybrania najbardziej korzystnej oferty.

Zamawiający wskazał, że z wyłączeniem deklaracji zgodności WE, wykonawca może złożyć oświadczenie, że posiada stosowne dokumenty i zobowiąże się do ich dostarczenia w terminie na 3 dni przed podpisaniem umowy. Wykonawca nie musi składać innych dokumentów wymaganych dla potwierdzenia spełniania przez oferowane produkty norm TSI (techniczne specyfikacje interoperacyjności), co narusza uczciwą konkurencję i przepisy prawa. Skoro polska ustawa wymaga, aby dla wprowadzenia na rynek składnika interoperacyjności konieczne było posiadanie przez ten składnik deklaracji WE, to zamawiający nie może modyfikować tego obowiązku przez określenie, że dla uznania zgodności technicznej oferowanego produktu z TSI, jest możliwe przedłożenie innych dokumentów, a taka sytuacja ma miejsce w tym przypadku. Produkty, których dotyczy postępowanie podlegają obowiązkowej certyfikacji na zgodność z TSI.

Dla deklaracji WE zamawiający dał możliwość alternatywnego przedstawienia dokumentów, tj. w ust. 7 punkt 3 wskazał, że uznaje za dopuszczalne złożenie:

a) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub; b) innego uznawanego w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura. Jest to niezgodne z prawem, bowiem na gruncie prawa polskiego żadne inne dokumenty nie mogą potwierdzać zgodności z TSI. Deklaracja zgodności jest niejako częścią składową oferowanego produktu, zaś bez tej deklaracji produkt nie może obecnie zostać wprowadzony na rynek.

Pomimo tego, zamawiający wskazał, że producent posługujący się deklaracją WE musi ją złożyć w toku postępowania, a jeśli wybiera alternatywne rozwiązania (nieznane ustawie i z nią sprzeczne), nie ma takiego obowiązku.

W ten sposób wykonawcy, którzy posiadają produkty spełniające bezwzględnie obowiązujące normy pozwalające na legalne wprowadzenie produktów na rynek, są ograniczeni co do możliwości składania oferty przez wskazanie im konkretnych dokumentów, jakie muszą złożyć wraz z ofertą (deklaracja zgodności WE). Wykonawcy, którzy nie dysponują możliwością legalnego wprowadzenia ich produktów na rynek, nie muszą składać żadnych dokumentów, aby skutecznie przedstawić ofertę (składają tylko oświadczenie, że dysponują jakimikolwiek dokumentami potwierdzającymi jakość produktów i ich parametry techniczne), a kwestia ta może być weryfikowana na trzy dni przed podpisaniem umowy, czyli już po wyłonieniu wykonawcy. Do uznaniowości zamawiającego pozostawia się także weryfikację prawidłowości dokumentacji i samą konieczność jej złożenia.

Ma to doniosłe znaczenie dla sprawy, bowiem w sposób dyskryminujący traktuje wykonawców. Ten podmiot, który spełnia warunki ustawowe musi to wykazać na etapie składania ofert, zaś do uznaniowości zamawiającego należy, czy sprawdzi warunki techniczne ofert producentów, którzy nie spełniają specyfikacji europejskich TSI. Z gruntu narusza to interesy tej części wykonawców, którzy spełniają warunki TSI.

W ten sposób dopuszczono do udziału w postępowaniu takich wykonawców, którzy z definicji nie są w stanie przedstawić produktów spełniających warunki TSI i którzy tylko oświadczają, że posługują się dokumentami potwierdzającymi zgodność z TSI, których sama TSI nie zna. Daje to możliwość złożenia oferty przez każdego, bez jakiegokolwiek zapewnienia jakości i parametrów technicznych oferowanych produktów. W zasadzie już na etapie po wyłonieniu wykonawcy, zamawiający może żądać dokumentów nieznanymi prawu powszechnie obowiązującym, co także wypacza sens postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy postępowanie toczy się w ramach aukcji elektronicznej, w zasadzie zapewnienie tego warunku jest także iluzoryczne.

Skoro oferty mogą złożyć podmioty, które nie poddały produktów certyfikacji wymaganej przez ustawę - dopuszcza to możliwość składania ofert przez każdego i oferowania produktów, które nie spełnią jakichkolwiek wymagań technicznych.

Dyskryminuje to tych wykonawców, którzy poddali swoje produkty certyfikacji i uzyskali stosowne certyfikaty WE oraz deklaracje WE. Certyfikacja wymaga znacznych nakładów finansowych i ma wpływ na cenę oferowanych dostaw. W sytuacji, gdy inne podmioty, które takiego bezwzględnie obowiązującego obowiązku ustawowego nie spełniają, zostały dopuszczone do możliwości ofertowania i bycia wyłonionym jako wykonawca, ogranicza to dostęp do zamówienia tym podmiotom, które ofertują z uwzględnieniem przepisów prawa.

W zakresie objętym wymogiem posiadania przez składnik interoperacyjności (jakim są systemy mocowań szyn i podkłady), odwołujący powołuje się na przytoczone wyżej przepisy art. 25 cc ustawy o transporcie kolejowym, które nakładają taki obowiązek, nie wprowadzając żadnych odstępstw od tej zasady.

Nadto, generalna zasada wynikająca z rozporządzenia Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącej technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej (dalej rozporządzenie 1299) - w art. 7 stanowi - każdy nowo wyprodukowany składnik interoperacyjności musi mieć deklarację WE.

Zamawiający nie może w sposób dowolny modyfikować tych przepisów, wskazując na inne dokumenty, jako pozwalające na potwierdzenie zgodności danego składnika z TSI. Ponadto, zamawiający nie może wprowadzać takich zasad, które powodują, że w zasadzie bardziej korzystne jest wykazywanie na potrzeby postępowania przetargowego, że nie spełnia się wymagań opisanych wyżej dotyczących dokumentacji towarzyszącej wprowadzaniu składników interoperacyjności na rynek, bo pozwala to na złożenie oferty bez załączenia stosownej dokumentacji.

W ocenie odwołującego, zamieszczenie opisów w punkcie 3 SIWZ stanowi naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez żądanie złożenia oświadczenia, które nie znajduje podstawy prawnej w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. nie jest przewidziane w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Zamieszczenie takiego warunku naraża wykonawców na poniesienie dodatkowych kosztów w związku z udziałem w postępowaniu i zniechęca ich do wzięcia w nim udziału. Ponadto, stawia niektórych wykonawców (nie spełniających wymogów ustawy) w uprzywilejowanej pozycji.

#### V. Rodzaj żądanych dokumentów. Procedura oceny zgodności z TSI.

Zamawiający dopuszcza możliwość nieweryfikowania oferty pod kątem zgodności oferowanych produktów z treścią SIWZ, wskazując w punkcie 3 ust. 7, że wykonawca może przedłożyć dokumenty pozwalające na weryfikację oferty (co do zgodności z SIWZ) po jego wyłonieniu przy wyborze ofert, na 3 dni przed podpisaniem umowy (z wyłączeniem deklaracji WE, którą wykonawca musi złożyć z ofertą, o ile ją posiada). W takim przypadku dochodzi do

istotnego łamania uczciwej konkurencji i *a priori* dyskwalifikuje prawidłowość postępowania zamawiającego na etapie oceny ofert. Do chwili badania ofert: -posiadający deklaracje WE muszą je złożyć; -nieposiadający deklaracji WE nie muszą składać żadnych dokumentów, poprzestając na złożeniu oświadczenia, że dokumentami dysponują; -na etapie badania ofert, stosując uznaniowe kryterium zamawiający może, ale nie musi zażądać od wszystkich albo od części wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez przedmiot zamówienia kryteriów SIWZ; -oferent, którego oferta zostanie wybrana w toku postępowania, już po jej wyborze, ma obowiązek złożenia dokumentów, których prawidłowości nie można ocenić na etapie prowadzenia postępowania i które mają potwierdzać spełnienie kryteriów SIWZ przez przedmiot zamówienia.

Co do kryteriów oceny ofert, odwołujący zaznaczył, że jeśli zamawiający decyduje się na odwołanie do określonych, ogólnie dostępnych standardów i dokumentacji technicznych w tym zakresie funkcjonujących w powszechnym obrocie, nie przepisując ich wprost do postanowień SIWZ choćby z racji ekonomii, powinien w sposób wyraźny określić, po pierwsze, ogólnie dostępne źródło tych informacji, a po drugie, wersję owego dokumentu, tak aby wykonawcy, przygotowując oferty nie mieli wątpliwości, która wersja oficjalnego dokumentu (na modyfikację którego zamawiający nie ma wpływu) jest obowiązująca.

Tego wymogu zamawiający nie spełnił, określając jedynie konieczność zapewnienia interoperacyjności przez oferowane produkty, ale już nie określając jakie TSI winny zostać spełnione dla możliwości złożenia oferty.

Stosownie do określonego w SIWZ przedmiotu zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym potwierdzenie warunków dotyczących jakości, jednakże te warunki nie mogą bez uzasadnienia uprzywilejować jednych wykonawców kosztem innych.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wykonawcy składający oferty są zobowiązani wykazać, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. W celu potwierdzenia tej okoliczności, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenie lub określony dokument. Są to środki dowodowe, którymi wykonawca wykazuje spełnienie żądanych przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Rodzaje i formy tych środków dowodowych, określa rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, np. ocena techniczna niezależnego laboratorium lub deklaracja zgodności producenta.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wskazał, że procedura sprawdzająca czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami zamawiającego, opisana w SIWZ w punkcie

3, nie stanowi kryterium oceny ofert. Odwołujący uważa, że zwolnienie wykonawców z obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie SIWZ przed wyborem najkorzystniejszej oferty, muszą być oceniane jako zwolnienie się przez zamawiającego z oceny ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Podkreślił, że wszystkie oferty poddane ocenie według ustalonych w SIWZ kryteriów, powinny zostać wcześniej zweryfikowane przez zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, zgodnie z określoną procedurą, jeśli zamawiający przewidział taką procedurę w SIWZ. W przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. Poddanie ocenie takich ofert, co do których zamawiający zaniechał badania ich zgodności z treścią SIWZ stanowiłoby istotne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że zamawiający tak określił obowiązki wykonawców, że w stosunku do tych, którzy nie złożą deklaracji WE - nie będzie miał narzędzi do weryfikacji ich ofert pod kątem zgodności z SIWZ. W ten sposób może dojść do sytuacji, że oferty ze złożoną deklaracją WE będą podlegały ocenie i np. odrzuceniu, a takiego zabiegu nie będzie można wykonać w stosunku do ofert z oświadczeniami producentów, wskazującymi, że posiadają stosowną dokumentację, pozwalającą na weryfikację przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. Takie ukształtowanie przepisów zakłada nierówne traktowanie oferentów w toku postępowania i dyskwalifikuje opisy SIWZ.

Zasada przejrzystości nie została *expressis verbis* wymieniona w Pzp - faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji - jednak znajduje wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak np. art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 Pzp. Z zasad tych (zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wskazane w SIWZ, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów (art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp), a także - przede wszystkim - to, że zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza dozwolonymi zmianami specyfikacji). Niedopuszczalna jest jednak zmiana SIWZ, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert. Taką sytuacją miałyby miejsce, gdyby zezwolić na przedkładanie dowolnych dokumentów (albo ich nieprzedkładanie) po wyborze oferty. Zaskarżona SIWZ nie spełnia opisanych kryteriów.

Odwołujący PLASTWIL Sp. z o.o. spółka jawna złożył na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2016 r. dodatkowe pismo, w którym - w ustosunkowaniu się do pisma Track Tec S.A. z dnia 1 kwietnia 2016 r. (zgłoszenie przystąpienia) i w nawiązaniu do złożonego odwołania

wskazał na powinności dokonywania właściwych zakupów, zakres możliwości ferowania wyroku w postępowaniu odwoławczym.

Podniósł, że unieważnienie postępowania jest ingerencją na tyle daleko idącą, że zachowując wolę współpracy w ramach rynku kolejowego, nie sformułował takiego żądania w treści odwołania, uznając, że jest to ostateczność, którą Krajowa Izba Odwoławcza może zastosować, uznając zasadność postawionych SIWZ zarzutów.

Odwołujący złożył taki wniosek jako ewentualny (o unieważnienie postępowania). Dla porządku złożył kolejny wniosek ewentualny co do żądań odwołania, podnosząc, że zamawiający uznał zasadność złożonego odwołania dokonując w dniu 8 kwietnia 2016 r. korekty opisów SIWZ w punktach 2 i 3, częściowo uwzględniając żądania odwołującego.

Skoro jednak SIWZ została zaskarżona w konkretnym kształcie, odwołujący uznał, że ma ona kształt określony w opisach pierwotnych, bez modyfikacji dokonanych dnia 8 kwietnia 2016 r.

Czynność zamawiającego wymusiła jednak dokonanie stosownych modyfikacji żądań odwołania przez zgłoszenie wniosków ewentualnych, tak aby w obrocie prawnym nie istniały warunki SIWZ, co do których KIO była pozbawiona możliwości ich weryfikacji.

Wobec powyższego, odwołujący przedstawił kolejny wniosek ewentualny. Wniósł ewentualnie o:

- 1) unieważnienie SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (punkt 2) i wymaganych dokumentów (punkt 3) i zobowiązanie zamawiającego do prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia i wskazanie treści SIWZ, uwzględniającej powszechnie obowiązujące przepisy prawa na zasadach określonych w niniejszym odwołaniu tj.:
  - e) przez uchylenie SIWZ w punkcie 2, i zastąpienie tego punktu opisem, że zamawiający określa przedmiot zamówienia w ten sposób, że jest nim dostawa nowych podkładów strunobetonowych z systemami przytwierdzeń spełniających wymagania TSI i dopuszczonych do stosowania na sieci zamawiającego (narodowego zarządcy infrastruktury), pozwalających na zastosowanie dla linii kolejowej klasy 1, o klasie obciążeń D3;
  - f) zobowiązanie zamawiającego do precyzyjnego określenia w opisie przedmiotu zamówienia norm i warunków technicznych, których spełnienia się domaga w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (ze wskazaniem każdorazowo źródeł publikacji i dat obowiązujących wersji, jeśli powoła się na zapisy i regulacje wewnętrzne);
  - g) przez uchylenie całego punktu 3 i podanie w miejsce kwestionowanych opisów, że wykonawca ma obowiązek dostarczenia takich składników interoperacyjności, które



posiadają już stosowne certyfikaty WE zgodności lub przydatności do stosowania, wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i dla których wydana została deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania oraz zobowiązanie do przedłożenia treści deklaracji;

h) przez wskazanie w treści SIWZ, że TSI jakich spełnienia żąda wykonawca określone zostały w rozporządzeniu Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącej technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej;

i) przez wskazanie w treści SIWZ, że wykonawca ma obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez przedmiot zamówienia wymogów SIWZ (żądanych przez zamawiającego: tj. deklaracji WE i aktualnych badań w sytuacji, gdy dla wyrobu wymagane są badania kwalifikacyjne/okresowe w WTWiO albo w dopuszczeniu do stosowania wg procedury SMS-PW-17) przed dokonaniem oceny ofert.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska. Na zakończenie wskazał zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia następująco: *„Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że zdecydował się na złożenie odwołania, aby chronić rynek kolejowy i nie dopuszczać do precedensów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak również innych elementów SIWZ, które mogą naruszyć prawa uczestników obrotu. Odwołujący chciałby ustalenia pewnych wspólnych dla wszelkich postępowań na zakup składników interoperacyjności standardów, aby zachować jakość i bezpieczeństwo produktów. Odwołujący zauważa, że przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego wykonawca broni podkładów typu PS-94, jako jedyne produktu, który wedle niego spełnia wymogi SIWZ, a już w samym SIWZ wskazano na inny jeszcze rodzaj podkładów, który może w postępowaniu być oferowany. Odwołujący nie skupił się na żadnym z oferowanych przez siebie produktów, aby nie narazić się na obronę jedynie partykularnego interesu.”*

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, poinformował o zmianie SIWZ dokonanej 8 kwietnia 2016 r. w zakresie objętym odwołaniem oraz złożył wydruk SIWZ udostępnionej w tym dniu na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania lub ewentualnie oddalenie odwołania. Przedstawił swoje stanowisko w przedmiocie zarzutów odwołania.

Ad 1. Zarzut braku określenia zamówienia w sposób określony w art. 29 i art. 30 Pzp oraz brak możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań referencyjnych.

Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ określonej w pkt 2 w brzmieniu:  
*„Przedmiotem zamówienia jest dostawa 75 000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 1500 000 kompletów (... z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy 1 na linii 030 o klasie obciążeń D3.”*  
*Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 traktuje się jako równoważne, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu.*

*Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu (dotyczy to typu przekładki podszynowej.)”* na treść:

*„Przedmiotem zamówienia jest dostawa nowych podkładów strunobetonowych z systemami przytwierdzeń spełniających wymagania TSI, pozwalających na zastosowanie dla linii kolejowej klasy 1, o klasie obciążeń D3.”*

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że:

- *„opis przedmiotu zamówienia nie może określać konkretnego typu podkładów i systemów mocowań, ale może wskazywać konkretny typ i dopuszczać rozwiązania równoważne (przy czym w tym ostatnim przypadku rozwiązanie równoważne winno wskazywać, co najmniej minimalny zakres parametrów). W opisie zastosowanym przez Zamawiającego określono konkretne dwa typy podkładów i jeden typ systemów mocowania, wskazując, że są one równoważne*

- *jego zdaniem Zamawiający w ogóle nie sformułował wymagań technicznych (parametrów dla podkładów i systemów zatwierdzeń. Powoduje to, że wykonawcy nie mają możliwości ustalenia na podstawie SIWZ jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz które z nich są dla Zamawiającego na tyle istotne, że przesądzają o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania.”*

Odnosząc się do powyższego, zamawiający wskazał, że kwestionowane opisy SIWZ spełniały wymagania określone w art. 29 Pzp i uwzględniały zasady zachowania uczciwej konkurencji, umożliwiając złożenie oferty przez potencjalnych wykonawców, a także pozwalały na prawidłową ocenę tych ofert przez zamawiającego.

Zamawiający dopuścił oferowanie obu ciężkich typów podkładów strunobetonowych, dopuszczonych w Polsce dla systemu przytwierdzenia SB jako równoważnych, co pozwala na udział w przetargu wszystkich producentów z polskich WPS-ów - bez faworyzowania, lub eliminowania, któregośkolwiek z nich.

W odniesieniu do systemów przytwierdzenia, zamawiający nie wskazał żadnego określonego typu węzła przytwierdzenia i nie podał parametrów technicznych, które mogłyby

coś sugerować lub ograniczać, zwracając jedynie uwagę na fakt, że elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu.

Wskazane oznaczenie powszechnie stosowanego w Polsce typu podkładu i systemu przytwierdzenia, jest we wszelkich dokumentach jednoznacznie kojarzone z dokumentami wprowadzającymi do obrotu oraz z dokumentami dopuszczającymi produkty do stosowania przez zamawiającego, jako zarządcę infrastruktury w rozumieniu ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 ze zm.), w trybie odrębnym wynikającym z obowiązków zarządcy infrastruktury w zakresie zarządzania bezpieczeństwem na kolei. Nie ma zatem potrzeby przywoływać w SIWZ z nazwy wszystkich norm i warunków technicznych na produkty ściśle opisane ww. dokumentami.

Wskazanie typu podkładu PS93/PS94 - jednoznacznie identyfikuje wymagania techniczne jakie powinien spełniać wyrób. Warunki te w sposób jasny opisane są w dołączonym do SIWZ dokumencie Id-101. Jest rzeczą niemożliwą, aby którykolwiek producent podkładów kolejowych nie znał ww. dokumentu, ponieważ z niego wynikają choćby terminy oraz zakres badań okresowych ich produktów.

Dodatkowo typ PS93/PS94 - jest to ogólna nazwa „rodziny” podkładów, stosowana przez wszystkich producentów dopuszczonych do stosowania na sieci PKP PLK S.A. tj. WPS Suwałki (Grupa Tracktec S.A.), WPS Goczałków (Grupa Tracktec S.A.), WPS M. U. (Grupa Consolis), Strunbet Bogumiłowice (Grupa Leonhard Moll Betonwerke) i określa ona w sposób jasny cechy oraz właściwości podkładu. Analogicznie, jak stosowanie nazwy szyny 60E1 (którą produkują wszystkie huty produkujące szyny dla kolejnictwa). Dlatego również nie można wskazać opisu odnoszącego się do innych produktów referencyjnych ponieważ takie produkty nie występują, a jak sam skarżący wskazuje byłby to opis tylko pozornie dopuszczający możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Identyczna sytuacja dotyczy również systemu przytwierdzenia, który ma być kompatybilny z podkładem kolejowym i dopuszczony do stosowania w kraju (UE) oraz dopuszczony do stosowania przez PKP PLK S.A. - nazwa rodziny SB - jest również produkowany przez różnych producentów (SB3, SB4, SB8) m.in. dostawcą jest odwołujący.

*W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że: „W odniesieniu do SIWZ zaskarżonego niniejszym odwołaniem, podkreślenia wymaga, że nie pozwala ona na poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, ograniczając możliwość złożenia oferty dla wykonawców, którzy nie dysponują konkretnymi, określonymi produktami, których parametrów technicznych nie powołano.”*

PKP PLK S.A. jako narodowy Zarządca Infrastruktury odpowiada za bezpieczeństwo na sieci kolejowej, którą zarządza, wobec czego nie może sobie pozwolić na zabudowę niesprawdzonych produktów.

Dlatego też przed dopuszczeniem do stosowania każdy z produktów przechodzi odpowiednie badania, a jego dokumentacja jest sprawdzana i uzgadniana bądź akceptowana przez PKP PLK S.A. Jednocześnie w ramach tego procesu zarządca infrastruktury dba o stosowanie poprawnego nazewnictwa/cechowania. Aktualnie jedynie rodzina podkładów PS93/PS94 oraz rodzina systemu przytwierdzenia SB spełnia wymagania jakie określono w postępowaniu i tylko te podkłady mogą być przedmiotem realizacji budowy i przebudowy linii kolejowych zgodnie z potrzebami zamawiającego ujawnionymi w tym postępowaniu, gdyż tylko wykorzystanie tych materiałów zgodnie z uzyskanymi już zatwierdzeniami zapewni uzyskanie pozwolenia na użytkowanie linii kolejowych, w których zostaną one użyte jako ich część składowa.

Po to m.in. są przeprowadzane badania na etapie dopuszczenia, żeby szczegółowo „prześwietlić” produkt, dzięki czemu nie ma potrzeby definiowania szczegółowych wymagań oraz konieczności jego sprawdzania na etapie postępowania zakupowego. W innym przypadku przed zakupem konieczne byłoby np. przeprowadzenie badań eksploatacyjnych potwierdzających spełnienie wymagań przez okres nie krótszy niż 12 m-cy, co paraliżowałoby proces zakupów. Dodatkowo odwołujący słusznie zauważa, że należy wykorzystywać normy europejskie, w których to właśnie wskazano m.in. okresy badań eksploatacyjnych np. dla systemu przytwierdzenia do czasu przeniesienia 20 Tg (w warunkach polskiej sieci jest to średni okres 20-30 m-cy badań).

Tym niemniej, celem m.in. doprecyzowania kwestionowanego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający dokonał z dniem 6 kwietnia 2016 r. zmiany pkt 2 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, nadając mu następujące brzmienie:

## *„2. Opis przedmiotu zamówienia*

*1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 75 000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150 000 kompletów (150 000 sztuk przekładek podszynowych kształtowych, 300 000 sztuk łapek sprężystych, 300 000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy 1 na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. "Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków - Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew, przy kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260-41,120, 43,000-47,570.*

*Szczegółowe wymagania techniczne:*

Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.).

Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 (oznaczenia te należy rozumieć jako podkłady strunobetonowe typu PS-93 i PS-94 przystosowane do szyn typu 60E1), traktuje się jako równoważne w torach określonej klasy, wg zapisów w „Standardach Technicznych - szczegółowych warunkach technicznych dla modernizacji linii kolejowych do prędkości  $V_{max} \leq 200$  km/h (dla taboru konwencjonalnego)/250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)” przyjętych w PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 roku, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu.

Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu. Określił Warunki logistyczne dostaw: (...)”

Zamawiający stwierdził, iż tym samym zarzut stał się nie tylko chybiony, ale też nieaktualny, co powoduje konieczność jego oddalenia.

Ad 2. Zarzut sformułowania SIWZ w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z SIWZ całego pkt 3 SIWZ i zastąpienie go brzmieniem: „Wykonawca ma obowiązek stosowania takich składników interoperacyjności, które posiadają już stosowne certyfikaty WE zgodności lub przydatności do stosowania, wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i dla których wydana została deklaracja WE zgodności lub przydatności stosowania.” Nadto odwołujący zawniósł o dodanie opisu: „W przypadku konieczności zastosowania składnika interoperacyjności, który nie posiadania certyfikatu WE zgodności lub przydatności do stosowania wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i/lub dla którego nie została wydana deklaracja WE zgodności lub przydatności do stosowania. Wykonawca jest zobowiązany zlecić notyfikowanej jednostce certyfikującej ocenę zgodności lub przydatności do stosowania dla tego składnika interoperacyjności. Na podstawie uzyskanego certyfikatu zgodności lub przydatności do stosowania dla tego składnika interoperacyjności Wykonawca jest zobowiązany do wystawienia deklaracji WE zgodności lub przydatności do stosowania.” Odwołujący wniósł także o wskazanie w treści SIWZ, że „TSI, jakich spełnienia żąda wykonawca określone zostały w rozporządzeniu Komisji nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącej technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej.”

Proponowana przez odwołującego treść jest nieadekwatna do przedmiotu ogłoszonego postępowania. Proponowane opisy są stosowane w zamówieniach na realizację robót budowlanych - wówczas wykonawca ma obowiązek stosowania określonych składników interoperacyjności. Aktualny przetarg dotyczy jednak dostawy podkładów i systemów przytwierdzeń, a potencjalnymi wykonawcami będą ich producenci. Powstaje więc pytanie, gdzie „Wykonawca będzie stosował składniki interoperacyjności”?

Podobnie wskazywanie technicznych specyfikacji interoperacyjności określających wymagania dla podsystemów systemu kolei np. Infrastruktura, ma sens w przypadku zamówień na realizację robót budowlanych, gdyż wiąże się z późniejszą weryfikacją podsystemów przez jednostkę notyfikowaną. W przypadku przetargu na dostawę materiałów nawierzchniowych taki opis jest bezzasadny.

Niezależnie od powyższego wskazane zarzuty stały się nieaktualne w świetle dokonanej z dniem 8 kwietnia 2016 r. zmiany SIWZ, o czym w dalszej części odpowiedzi na odwołanie. Tym samym powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 3. Zarzut niepostawienia warunku przedłożenia dokumentów przedmiotowych na etapie postępowania, ale przed przystąpieniem do podpisania umowy.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez wskazanie w jej treści, że wykonawca ma obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez przedmiot zamówienia wymogów SIWZ przed dokonaniem oceny ofert.

*Zdaniem odwołującego „powoduje to taki skutek, że do postępowania przetargowego mogą stanąć podmioty, które nie spełniają minimalnych kryteriów bezpieczeństwa i nie są w stanie zaoferować produktów, które legalnie można wprowadzić na rynek. Powoduje to ograniczenie konkurencyjności dla podmiotów, które posiadają stosowne, wymagane prawem dokumenty, potwierdzające np. istnienie u nich systemu zarządzania jakością, co generuje koszty i wpływa na cenę produktu i wartość oferty.”*

Kwestie dotyczące jakiego rodzaju dokumenty mają być przedstawione, oraz na jakim etapie postępowania mają być złożone, pozostają w kompetencji zamawiającego. W tym przypadku, z uwagi na różnorodność uznawanych dokumentów, wprowadzenie „Oświadczeń” na etapie ofertowania ma na celu ujednoczenie składanych ofert, umożliwiające dokonanie ich rzetelnej oceny. Uznano za zasadne, że konkretne dokumenty wykazujące prawidłowość wprowadzenia produktów na rynek oraz ich dopuszczenia do stosowania w PKP PLK S.A. wybrany wykonawca złoży dopiero przed podpisaniem umowy.

Ograniczenie ilości konfiguracji wprowadzania do obrotu lub ich enumeratywne wyliczenie nie stanowi obowiązku zamawiającego, ani nawet jego uprawnienia co wynika z systemu ocen zgodności. Nadzór nad tymi procesami sprawują organy administracji

państwowej, w tym m.in. UTK i UOKiK, a nie komisje przetargowe. Są to zasady wspólnotowe mające zapewnić swobodę przepływu towarów w ramach U.E.

Natomiast w zakresie dopuszczenia w PKP PLK S.A. - wymienione nazwy ogólne dokumentów (przywołanie przedmiotowe) wyczerpują wszelkie przypadki dopuszczeń przez PKP PLK S.A. na przestrzeni lat, co pozwala uniknąć błędów pominięcia jakiegokolwiek dostawcy. Opisanie cech produktu jest szczegółowo w tego rodzaju dokumentach określone. Przykładem mogą być warunki techniczne serii Id załączone w postępowaniu.

Niektóre warunki techniczne jednak stanowią indywidualny dokument odniesienia producenta i w takim przypadku zamawiający nie może ich publikować, a więc upubliczniać stronom postępowania. W tej sytuacji niezbędne było opisanie przedmiotu zamówienia przez przywołania przedmiotowe, a nie wskazywanie ścisłych nazw producentów i ich WTWiO.

W przypadku asortymentów nawierzchni kolejowej, dokument odniesienia w postaci warunków technicznych wykonania i odbioru (WTWiO) podlegał zatwierdzeniu lub uzgodnieniu przez PKP PLK S.A. jako zarządcę infrastruktury. Aby wykluczyć produkty badane jeszcze na poligonach badawczych, zastrzeżono jedynie, że takowe nie mogą być dostarczone nawet jeżeli wydano dla nich uzgodnienie (bo wydano je tylko na czas prób).

Zamawiający użył przywołań (warunki techniczne - oczywiście adekwatne do produktu), a nie podmiotowych (tytuły tych warunków technicznych), aczkolwiek warunki techniczne zostały załączone do SIWZ stanowiąc jego integralną część.

Odnosząc się do argumentu odwołującego w brzmieniu:

*„W przypadku, gdyby Zamawiający uznawał, że SIWZ wymaga wskazania konkretnych typów przedmiotu zamówienia (...) - należy wskazać, że wymagania normatywne dla tych elementów opisane są w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający w sposób nieuprawniony wyłącza zaś stosowanie odpowiednich norm prawnych dla przedmiotu zamówienia, określając w sposób sprzeczny z prawem dokumentację, której złożenia się domaga, na potwierdzenie spełniania warunków technicznych przez przedmiot zamówienia.”*

Odwołujący nie zauważa, że poza prawem powszechnie obowiązującym, które zamawiający ma obowiązek respektować, co czyni przez SIWZ, ma prawo postawić jeszcze inne dodatkowe wymagania - jednakowe dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Odwołujący stawia zarzut pominięcia przez zamawiającego „odpowiednich” norm prawnych, jednak nie przytacza, o jakie konkretnie przepisy chodzi. Odnosząc się natomiast do uzasadnienia odwołania w brzmieniu:

*„SIWZ w opisanym kształcie prowadzić może do uzyskania zamówienia przez Wykonawcę, który oferuje produkty nie spełniające żadnych wymogów prawnych. Skoro bowiem SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy określaniu czy produkt równoważny spełnia jego oczekiwania, to nie może się na etapie oceny ofert powoływać na nie.”* Zamawiający wskazuje, że parametry techniczne zostały sprecyzowane przez podanie rodziny podkładów (PS93/PS94) oraz rodziny przytwierdzenia (SB). Zamawiający wskazał dokumenty jakimi oferent ma się wykazać. Są to warunki zrównoważone nie ograniczające konkurencji i jednocześnie zapewniające dostawę tylko produktów spełniających wymagania prawa oraz oczekiwania zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że: *„dla przedmiotu zamówienia istnieje obowiązek posługiwania się odpowiednią dokumentacją, dla możliwości wprowadzenia go na rynek - co nie zostało uwzględnione przy opisie przedmiotu zamówienia.”*

W Rozdziale 3 pkt 1 SIWZ Zamawiający wyraźnie określił, że oferowane przez wykonawcę produkty powinny być wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.). Ponadto wskazał dokumenty potwierdzające spełnienie tych wymagań. Zamawiający w sposób jasny wskazał, że wymaga dopuszczenia w ramach procedury SMS-PW-17, które to przed wydaniem wiąże się z weryfikacją i akceptacją dokumentacji producenta np. dopuszczenie SMS-PW-17 udzielone skarżącemu na system przytwierdzenie, gdzie podaje się dokumentację odniesienia. W przypadkach dotyczących okresu przed dniem wejścia w życie znowelizowanej procedury, zamawiający wprost podaje wymóg zgodności produktu z warunkami technicznym wykonania i odbioru (dokumentacją) przyjętą przez PKP PLK S.A. lub wymóg posiadania innych dokumentów uzgodnionych, bądź uznanych przez zamawiającego.

Tym niemniej celem m.in. doprecyzowania kwestionowanego opisu pkt 3 SIWZ, zamawiający dokonał z dniem 6 kwietnia 2016 r. jego zmiany, nadając mu następujące brzmienie:

*„3. Dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego na przedmiot zamówienia. Długość gwarancji.*

*1. Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być:*

- wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz*
- dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.).*

*2. W szczególności wymagane jest łącznie (z zastrzeżeniem ust. 7):*



*W ZAKRESIE WPROWADZENIA DO OBROTU - przedłożenie dokumentów potwierdzających wprowadzenie produktu do obrotu w sposób zapewniający pozytywną weryfikację podsystemu, w rozumieniu technicznych specyfikacji interoperacyjności kolei, czego dowodem są takie dokumenty jak:*

- a. świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, lub*
- b. deklaracja zgodności WE (dokument dostarczany przez Wykonawcę wraz z dostawą), lub*
- c. inne uznawane w ramach weryfikacji podsystemu TSI - Infrastruktura.*

*W ZAKRESIE DOPUSZCZENIA DO STOSOWANIA NA SIECI PKP PLK S.A. – przedłożenie dokumentów potwierdzających dopuszczenie produktu do stosowania, wydane w trybie procedury SMS-PW-17 (dostępna na stronie Zamawiającego), w rozumieniu rozporządzenia w sprawie systemu zarządzania bezpieczeństwem kolei, z zastrzeżeniem ust. 3.*

*3. W przypadku elementów nawierzchni eksploatowanych na sieci PKP PLK S.A. w ramach normalnej eksploatacji, tj. poza poligonami/odcinkami badawczym - i przed dniem wejścia w życie nowelizacji procedury SMS, tj. przed 27.10.2015 r. - wymagane jest przedłożenie dokumentów potwierdzających zgodność produktu z warunkami technicznymi wykonania i odbioru, przyjętymi do stosowania w PKP PLK S.A. jako dokumenty serii Id, a w przypadku elementów nawierzchni nimi nie objętych - dokumentów potwierdzających zgodność produktu z:*

- indywidualnymi warunkami technicznymi wykonania i odbioru producenta, uzgodnionymi lub zatwierdzonymi przez PKP PLK S.A. do stosowania w ramach normalnej eksploatacji, lub innymi, uznanymi przez PKP PLK S.A., dokumentami odniesienia.*

*4. W przypadkach, gdy badania okresowe wyrobu są przewidziane warunkami technicznymi wykonania i odbioru, lub warunkami ustalonymi w ramach procedury SMS-PW-17, wymagane jest przedstawienie w ofercie kopii aktualnych wyników tych badań - zgodnie z cyklem badań podanym w tych warunkach.*

*5. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków, o których mowa w ust. 3, jest odpowiednio: deklaracja zgodności z warunkami technicznymi serii Id, deklaracja zgodności z indywidualnymi warunkami technicznymi, lub deklaracja zgodności z innymi dokumentami odniesienia, wystawiona przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela.*

*6. Wszelkie deklaracje zgodności powinny w jednoznaczny sposób wskazywać, jakie dokumenty normatywne odnoszą się do produktu objętego deklaracją, że produkt został przebadany w określony sposób i że spełnia wszystkie wymagania przytoczonych dokumentów normatywnych.*

7. Wykonawca złoży w ofercie, zamiast dokumentów opisanych w ust. 2 i 3, „Oświadczenie” (Załącznik nr 5 do Formularza Oferty), w którym zadeklaruje on posiadanie wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt. Zamawiający zastrzega sobie prawo, że na etapie badania ofert może żądać powyższych dokumentów. Gwarancja. (...)

Tym samym zarzut stał się nie tylko chybiony, ale też nieaktualny, co powoduje konieczność jego oddalenia.

Ad 4. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący sugeruje, że „Zamawiający wskazał, że producent posługujący się Deklaracją WE musi ją złożyć w toku postępowania, a jeśli wybiera alternatywne rozwiązania - nie ma takiego obowiązku.” Zamawiający wskazuje, że jest to zdanie całkowicie nieprawdziwe. Zamawiający ma świadomość, że producent wystawia swoją Deklarację WE dopiero przy dostawie konkretnej partii wyrobów, więc w SIWZ nie wzywa takiego oferenta do złożenia jego Deklaracji już w ofercie. W pkt 7 w rozdziale 3 SIWZ występuje opis o wyłączeniu Deklaracji Zgodności WE z obowiązku przedłożenia jej zamawiającemu nawet bezpośrednio przed podpisaniem umowy na dostawę.

Odwołujący sugeruje, że SIWZ pozwala składać oferentom oświadczenie, że dysponują jakimikolwiek dokumentami potwierdzającymi jakość produktów i ich parametry techniczne. W rzeczywistości, oferent ma tu zadeklarować posiadanie wymaganych dokumentów normatywnych i dokumentów dopuszczających jego produkt (a więc, nie jakichkolwiek),

Odwołujący kwestionuje przyjętą zasadę sprawdzania ofert pod kątem spełnienia wymagań technicznych już po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Opisy w SIWZ wymuszone zostały przez fakt, że Deklarację WE producent wystawia dopiero dla partii dostarczanego towaru, a zatem, nie było możliwe wymaganie od jednych oferentów składania dokumentów dopuszczeniowych już w ofercie, gdy inni (wystawiający Deklarację WE) mogliby przedstawiać swój dokument dopiero przy dostawie produktu.

Odwołujący błędnie sugeruje, że opis SIWZ zmusza posiadacza Deklaracji WE do złożenia jej w ofercie, zwalniając z tego obowiązku posiadaczy innych dokumentów dopuszczeniowych. W rzeczywistości - jak wyjaśniono wcześniej, jest wręcz odwrotnie. Posiadacz Deklaracji WE jest wyłączony z obowiązku przedłożenia jej nawet bezpośrednio przed podpisaniem umowy (wystarczy jego oświadczenie, że taką Deklarację wystawia). Mając na uwadze powyższe, nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że postawione przez odwołującego zarzuty nie mają podstaw tak faktycznych, jak i prawnych, w związku z tym zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 446/16 przystąpienia złożyli:

- 1) W dniu 1 kwietnia 2016 r. Wytwórnia Podkładów Strunobetonowych STRUNBET Sp. z o.o., 33-121 Bogumiłowice 299 - po stronie odwołującego;
2. Vossloh Skamo Sp. z o.o., 63-460 Nowe Skalmierzyce, ul. Kolejowa 18a - po stronie odwołującego;
3. Track Tec S.A., 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1 - po stronie zamawiającego.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wnieśli o uwzględnienie odwołania i dokonanie zmian w SIWZ; wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając merytoryczne uzasadnienie stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 kwietnia 2016 r. oddaliła odwołanie wykonawcy PLASTWIL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna wniesione w sprawie sygn. akt KIO 446/16 oraz przedstawiła następujące uzasadnienie.

Izba ustaliła w zakresie właściwym dla oceny zarzutów i rozstrzygnięcia co do żądań odwołującego, stan faktyczny.

Odwołujący wniósł odwołanie żądając odpowiedniej zmiany w zakresie postanowień pkt 2 i pkt 3 SIWZ.

W pkt 2 pt. „*Opis przedmiotu zamówienia*”, składającym się z ust. 1 i 2, zamawiający opisał w pkt 1 w trzech akapitach: przedmiot zamówienia; szczegółowe wymagania techniczne; warunki logistyczne dostaw (odwołanie nie dotyczyło tych warunków).

W pkt 3 pt. „*Dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego na przedmiot zamówienia. Długość gwarancji.*” (odwołanie nie dotyczyło gwarancji).

Zamawiający zmienił treść SIWZ w dniu 8 kwietnia 2016 r. (po wniesieniu odwołania) w pkt 2 i 3 SIWZ, wprowadził zmiany uzasadniając je w odniesieniu do zarzutów następująco:

1) zarzut braku określenia przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 29 i art. 30 Pzp oraz brak możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań referencyjnych - celem m.in. doprecyzowania kwestionowanego opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający dokonał z dniem 8 kwietnia 2016 r. zmiany pkt 2 SIWZ - opis przedmiotu zamówienia;

2) zarzut sformułowania SIWZ w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności postępowania -

niezależnie od niezasadności, wskazane zarzuty stały się nieaktualne w świetle dokonanej z dniem 8 kwietnia 2016 r. zmiany SIWZ:

3) zarzut niepostawienia warunku przedłożenia dokumentów przedmiotowych na etapie postępowania, ale przed przystąpieniem do podpisania umowy - zarzut stał się chybyony, ale też nieaktualny, co powoduje konieczność jego oddalenia.

Izba zważyła.

1. Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie kwestionowania wskazanych w odwołaniu postanowień SIWZ, które mogłyby w jakiś sposób oddziaływać na niemożność złożenia przez niego oferty. Odwołujący wskazał w postępowaniu odwoławczym sprzeczne stanowiska w zakresie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Wykazując spełnienie przesłanek - interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (jednolite wymagania wobec wykonawców wnoszących odwołania, bez względu na rodzaj zaskarżonych czynności, w tym również odwołania od postanowień SIWZ) - odwołujący przedstawił w odwołaniu wniesionym w dniu 26 marca 2016 r. uzasadnienie: *„Odwołujący wskazuje, iż jest producentem systemów mocowań (przytwierdzeń), w związku z czym ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia i ma zamiar być uczestnikiem w toku postępowania.”*

W piśmie z 9 kwietnia 2016 r. złożonym na rozprawie odwołujący wskazał: *„Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że zdecydował się na złożenie odwołania, aby chronić rynek kolejowy i nie dopuszczać do precedensów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak również innych elementów SIWZ, które mogą naruszyć prawa uczestników obrotu. Odwołujący chciałby ustalenia pewnych wspólnych dla wszelkich postępowań na zakup składników interoperacyjności standardów, aby zachować jakość i bezpieczeństwo produktów. Odwołujący zauważa, że Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego broni podkładów typu PS-94, jako jedyne produktu, który wedle niego spełnia wymogi SIWZ, a już w samym SIWZ wskazano na inny jeszcze rodzaj podkładów, który może w postępowaniu być oferowany. Odwołujący nie skupił się na żadnym z oferowanych przez siebie produktów, aby nie narazić się na obronę jedynie partykularnego interesu.”*

Z cytowanego uzasadnienia wynika, że celem udziału odwołującego w postępowaniu odwoławczym było uzyskanie *„ustalenia pewnych wspólnych dla wszelkich postępowań na zakup składników interoperacyjności standardów, aby zachować jakość i bezpieczeństwo produktów (...).”*

Cel taki nie jest możliwy do osiągnięcia w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w przedmiocie konkretnego

postępowania o udzielenie zamówienia, którego dostawą są składniki interoperacyjności dla zindywidualizowanych potrzeb konkretnego zamawiającego. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11, orzekając w przedmiocie stosowania art. 179 ust. 1 Pzp wskazał, że przepis ten nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesu osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Uznając wystąpienie przesłanek legitymacji czynnej po stronie odwołującego, Izba miała na uwadze wykazanie przeszkód w złożeniu oferty przez odwołującego, będących skutkiem czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp - podstawa faktyczna i prawna zarzutu).

2. Po rozpoznaniu zarzutów w granicach przedstawionych w odwołaniu wniesionym z zachowaniem terminu do jego wniesienia (26 marca 2016 r.)

- przy uwzględnieniu zasady kontradiktoryjności postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*”; ust. 3 „*Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron*”) - oraz zasad wynikających z art. 191 ust. 2 „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania” i art. 192 ust. 2 „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia” - Izba oddaliła odwołanie z powodu braku wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 7a Pzp „*celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego*”) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - „*Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.*”

Z przepisów ustawy Pzp nie wynika zakaz podejmowania przez zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, po wniesieniu odwołania.

Jeśli skutkiem podjętych przez zamawiającego czynności jest zmiana stanu faktycznego w stosunku do przedstawionego w odwołaniu, Izba rozpoznając odwołanie ocenia zaskarżone czynności lub/czy zaniechania czynności przez zamawiającego w granicach przedstawionych w odwołaniu, jednakże wydając orzeczenie uwzględnia dokonane czynności i ich skutek, jako stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego nie może być uznana jako uwzględnienie odwołania w rozumieniu art. 186 ust. 2 i nast. ustawy Pzp w aktualnym stanie prawnym, skutkujące rozstrzygnięciem korzystnym dla odwołującego. Zamawiający zmienił SIWZ w związku z wniesieniem odwołania i w granicach wskazanych w odwołaniu, jednakże w odpowiedzi na odwołanie i w wyjaśnieniach składanych na rozprawie, jednoznacznie wskazał, że zarzuty odwołania uznał „jako całkowicie bezpodstawne” (odpowiedź na odwołanie), natomiast zmiana doprecyzowująca treść SIWZ czyni zarzuty dodatkowo nieaktualnymi.

W ocenie Izby, doprecyzowanie zaskarżonych postanowień SIWZ na skutek wniesionego odwołania, oznacza brak takiego doprecyzowania w pierwotnej treści SIWZ, zatem brak jest podstaw do uznania, że nie występuje element naruszenia przepisów ustawy.

Ad 1. Przedmiotem zamówienia jest *„Dostawa 75 000 sztuk fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2015/2016 roku podkładów strunobetonowych typu PS-93/60/E1 albo PS-94/60/E1 wraz z kompletnymi przytwierdzeniami systemu SB w ilości 150 000 kompletów (150 000 sztuk przekładek podszynowych kształtowych, 300 000 sztuk łapek sprężystych, 300 000 sztuk wkładek elektroizolacyjnych) z przeznaczeniem do zabudowy w torach klasy 1 na linii 030 o klasie obciążeń D3 w ramach kontraktu odrębnego pn. ”Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków - Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew, przy kompleksowej wymianie nawierzchni w km: 1,811 do 35,260, 35,260-41,120, 43,000-47,570.”* (opis nie został zmieniony). Uwagi odwołującego o nieprawidłowym opisie ilości kompletów systemów przytwierdzeń - nie znalazły potwierdzenia.

W szczegółowych wymaganiach technicznych zamawiający wprowadził zmiany, przyjmując następujący opis: *„Oferowane przez Wykonawcę produkty stanowiące elementy nawierzchni kolejowej torowej muszą być: -wprowadzone do obrotu w Polsce w ramach interoperacyjności systemu kolei oraz -dopuszczone do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.). Podkłady typu PS-93/60/E1 i PS-94/60/E1 (oznaczenia te należy rozumieć jako podkłady strunobetonowe typu PS-93 i PS-94 przystosowane do szyn typu 60E1), traktuje się jako równoważne w torach określonej klasy, wg zapisów w „Standardach Technicznych – szczegółowych warunkach technicznych dla modernizacji linii kolejowych do prędkości  $V_{max} \leq 200$  km/h (dla taboru konwencjonalnego)/ 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)” przyjętych w PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 roku, przy czym przedmiotem dostawy są wyłącznie podkłady jednego wybranego typu. Elementy systemu przytwierdzenia SB powinny odpowiadać oferowanemu typowi podkładu.”*

W pierwotnej treści szczegółowych wymagań technicznych, brak było opisu dotyczącego wprowadzenia produktów (elementów dostawy) do obrotu w Polsce w ramach

interoperacyjności systemu kolei oraz dopuszczenia do stosowania na sieci narodowego zarządcy infrastruktury (PKP PLK S.A.).

W aktualnej treści SIWZ opis ten wprowadza wymóg wobec wykonawców zaoferowania elementów nawierzchni kolejowej, spełniających opisane wymagania. Dodatkowo przedstawiono opis oznaczenia typów podkładów i szyn do których mają być podkłady przystosowane, ze wskazaniem równoważności w torach określonej klasy oraz podstawy opisu i oceny równoważności („Standardy Techniczne (...)” przyjęte w PKP PLK S.A. w czerwcu 2010 r.). Niewątpliwie zmiana stanowi uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia w stopniu ułatwiającym sporządzenie oferty przez wykonawcę, dysponującego wystarczającym zasobem do zaoferowania dostawy, odpowiadającej potrzebom zamawiającego - zastosowania przedmiotu dostawy w warunkach krajowych.

Izba uwzględniła, jako znajdujące uzasadnienie w materiale dowodowym:

- stanowisko zamawiającego (w odpowiedzi na odwołanie), że wskazanie typu podkładu PS93/PS94 identyfikuje wymagania techniczne jakie powinien spełniać wyrób. Typ PS93/PS94 - jest to ogólna nazwa „rodziny” podkładów, stosowana przez wszystkich producentów dopuszczonych do stosowania na sieci PKP PLK S.A., określająca w wystarczający sposób cechy oraz właściwości podkładu. Analogicznie, jak stosowanie nazwy szyny 60E1 produkowanej przez wszystkie huty produkujące szyny dla kolejnictwa. Zatem, nie jest możliwe wskazanie opisu odnoszącego się do innych produktów referencyjnych, ponieważ takie produkty nie występują, a opis tylko pozornie byłby dopuszczający możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Taka sytuacja dotyczy również systemu przytwierdzenia, który ma być kompatybilny z podkładem kolejowym i dopuszczony do stosowania w kraju (UE) oraz do stosowania przez PKP PLK S.A. - nazwa rodziny SB - produkowany jest również przez różnych producentów (SB3, SB4, SB8);
- stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wskazujące w zgłoszeniu przystąpienia, że wymagania TSI - (techniczne specyfikacje interoperacyjności) wskazane w rozporządzeniu Komisji (UE) Nr 1299/2014 z 18 listopada 2014 r. *dotyczącym technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej* - o dużym stopniu ogólności i zasadniczym charakterze, podlegają doprecyzowaniu przez poszczególnych europejskich zarządców infrastruktury (potwierdzeniem jest art. 25t ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym - delegacja ustawowa dla ministra właściwego do spraw transportu celem doprecyzowania wymagań przez zarządców infrastruktury).

Warunki techniczne budowli kolejowych, w tym podkładów strunobetonowych i systemów przytwierdzeń, zostały określone w rozporządzeniu z dnia 10 września 1998 r.

w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151, poz. 987 z późn. zm.) Na mocy § 19 ust. 2 rozporządzenia, zamawiający jako zarządca infrastruktury uprawniony jest do określania standardów konstrukcyjnych podkładów strunobetonowych i systemów przytwierdzeń, tym samym do określania poszczególnych typów i wymagań konstrukcyjnych. Standardy konstrukcyjne podkładów stosowanych u zamawiającego przedstawiono w regulacjach wewnętrznych (Instrukcje Id-1 oraz Id-101). Wobec spełniania przez wszystkich producentów podkładów strunobetonowych wymagań technicznych TSI i wymagań technicznych polskiego zarządcy infrastruktury, zredukowanie wymagań jedynie do TSI spowodowałoby udział w postępowaniu wykonawców, których produkty nie spełniają wymagań polskiego zarządcy infrastruktury oraz konieczność konkurowania wykonawców dysponujących wymaganiami TSI i krajowego zarządcy infrastruktury z wykonawcami spełniającymi jedynie wymagania TSI. Oferowanie produktów niespełniających wymagań polskiego zarządcy infrastruktury, stanowi sprzeczność z celem postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad 2. Odnośnie pkt 3 - odwołujący żądał ograniczenia SIWZ do wymagań dotyczących interoperacyjności przez przedłożenie stosownej deklaracji WE oraz zobowiązania wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego, przed dokonaniem oceny ofert.

Zamawiający dokonał niewielkiej korekty w pkt 3 w ust. 7 SIWZ: zastępując wyrazy „opisanych w ust. 2 - 5”, wyrazami „opisanych w ust. 2 i 5” oraz wykreślając wyrazy „(z wyłączeniem Deklaracji Zgodności WE), które to dokumenty będzie zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu co najmniej 3 dni przed dniem podpisania umowy.”

W zakresie żądania wyłącznie deklaracji WE, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że skoro przedmiotem zamówienia są dostawy produktów wprowadzonych już do obrotu i odpowiednio przetestowanych, to zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) Nr 1299/2014 z 18 listopada 2014 r. - art. 7 oraz pkt 6.5 załącznika do rozporządzenia, w okresie przejściowym - do 31 maja 2021 r. istnieje możliwość weryfikacji WE podsystemu zawierającego składniki interoperacyjności nieposiadające deklaracji WE o zgodności lub przydatności do stosowania.

W wyniku zmiany SIWZ, żądanie zamawiającego dotyczy oświadczeń potwierdzających spełnianie zgodności dostawy z wymaganiami zamawiającego opisanymi w pkt 3 ust. 2 i ust. 3, tak jak przed zmianą w SIWZ, z tym, że zamawiający nie żąda już złożenia dokumentów w tym zakresie przed podpisaniem umowy. Wskazane oświadczenia i badania okresowe (pkt 2 ust. 4) składane są wraz z ofertami.



3. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego odnośnie naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 i 2 w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Przepisy te stanowią: art. 25 ust. 1. *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego*

*- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Przepis ust. 2 to delegacja ustawowa dla Prezesa Rady Ministrów w celu określenia rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. Z kolei w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zostały wymienione przykładowe rodzaje potwierdzeń możliwych do wymagania przez zamawiającego.

Z porównania treści art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 i 2 Pzp stanowiącego o obowiązku i uprawnieniu zamawiającego (w zależności od wartości zamówienia), żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dokumenty podmiotowe), wynika, że na zamawiającym nie ciąży ustawowy obowiązek żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego (dokumenty przedmiotowe). Zatem, żądanie nakazania zamawiającemu żądania dokumentów w sytuacji, gdy żądanie dokumentów jest jego uprawnieniem, nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający nie naruszył też przepisów art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, które stanowią o: -wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz -rodzaju kryteriów oceny ofert. Nie zostało wykazane naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 30 ust. 1 i 2 Pzp.

Wobec opisu przedmiotu zamówienia - szczegółowe wymagania techniczne, wymagające, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, doprecyzowania, Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy, przez brak opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący.

Doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia nastąpiło w dniu 8 kwietnia 2016 r., zatem Izba wydając wyrok wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) oraz fakt, że naruszenie przepisu nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Zatem, mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji, tj. oddaliła odwołanie (podobnie w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 642/15).

Izba rozpatrując odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 580/16 na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania, stwierdziła że zachodzi zbieg podstaw prawnych do odrzucenia wniesionego odwołania.

Okolicznością bezsporną jest, że Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r. oddaliła w całości odwołanie wykonawcy PLASTWIL Spółka z o.o. spółka jawna, ul. Wierzbowa 2, 64-850, Ujście, wniesione w sprawie sygn. akt KIO 446/16.

Z porównania treści obydwu odwołań - złożonych przez tego samego odwołującego na postanowienia SIWZ, wynika daleko idąca zbieżność zarzutów, żądań oraz przywoływanych okoliczności faktycznych i prawnych, argumentacji i formy ich przedstawienia, pozwalająca na stwierdzenie, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego rozstrzygnięcia Izby.

Izba w sprawie sygn. akt KIO 446/16 stwierdziła, że z przepisów ustawy Pzp nie wynika zakaz podejmowania przez zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, po wniesieniu odwołania. Jeśli skutkiem podjętych przez zamawiającego czynności jest zmiana stanu faktycznego w stosunku do przedstawionego w odwołaniu, Izba rozpoznając odwołanie ocenia zaskarżone czynności lub/czy zaniechania czynności przez zamawiającego w granicach przedstawionych w odwołaniu, jednakże wydając orzeczenie uwzględnia dokonane czynności i ich skutek, jako stan rzeczy ustalony w toku postępowania w myśl zasad wynikających z art. 191 ust. 2 „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania” i art. 192 ust. 2 „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Przedstawione uzasadnienie wyroku w sprawie sygn. akt KIO 446/16 potwierdza, że Izba oceniła zarzuty odwołania w kontekście dokonanych zmian SIWZ z dnia 8 kwietnia 2016 r., uznając fakt doprowadzenia postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z prawem, tj. normą art. 29 ust.1 ustawy Pzp, w zakresie umożliwiającym opracowanie i złożenie ofert. Nie znalazła zatem podstaw do ingerencji w sferę opisu przedmiotu zamówienia poprzez nakazanie dokonywania dalszych zmian.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego odnośnie naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 i 2 w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Przepisy te stanowią: art. 25 ust. 1. *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego*  
*- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Z kolei w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zostały wymienione przykładowe rodzaje potwierdzeń możliwych do wymagania przez zamawiającego.

Z porównania treści art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 i 2 Pzp stanowiącego o obowiązku i uprawnieniu zamawiającego (w zależności od wartości zamówienia), żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dokumenty podmiotowe), wynika, że na zamawiającym nie ciąży ustawowy obowiązek żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego (dokumenty przedmiotowe). Zatem, żądanie nakazania zamawiającemu żądania dokumentów przedmiotowych, w sytuacji, gdy żądanie tej kategorii dokumentów jest jego uprawnieniem, nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający nie naruszył też przepisów art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, które stanowią o: -wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz -rodzaju kryteriów oceny ofert. Nie zostało wykazane naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 30 ust. 1 i 2 Pzp.

Wobec opisu przedmiotu zamówienia - szczegółowych wymagań technicznych, wymagających, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego doprecyzowania, Izba w sprawie sygn. akt KIO 446/16 uznała, że pierwotnie zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy, przez brak opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący. Jednakże to naruszenie wyeliminowało doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, które nastąpiło w dniu 8 kwietnia 2016 r., zatem Izba wydając wyrok wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) oraz fakt, że naruszenie przepisu nie może

mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), gdyż zostało usunięte w toku postępowania odwoławczego.

Powyższe potwierdza wprost, że w odniesieniu do postawionych w poprzednim odwołaniu zarzutów - w kontekście stanu sprawy na dzień orzekania, (tj. również z uwzględnieniem modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 8 kwietnia 2016 r.), Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia, zatem przesądziła, że zastosowany przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia finalnie po modyfikacji SIWZ, także wymagania w zakresie dokumentów przedmiotowych i zapowiedzianego trybu oceny merytorycznej ofert - są właściwe, zgodne z regulacjami ustawy Pzp. Z powyższych względów Izba oddaliła odwołanie wykonawcy PLASTWIL Sp. z o.o. Sp. j., nie nakazując tym samym żadnych zmian w SIWZ.

W piśmie procesowym złożonym na rozprawie w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 446/16 odwołujący odniósł się do dokonanych 8 kwietnia 2016 zmian SIWZ i stwierdził, że poprzez korekty zapisów SIWZ w punktach 2 i 3 jego żądania zostały częściowo uwzględnione. „Ta czynność zamawiającego wymusiła jednak dokonanie stosownych modyfikacji żądań odwołania poprzez zgłoszenie wniosków ewentualnych, tak aby w obrocie prawnym nie istniały warunki SIWZ, co do których KIO była pozbawiona możliwości ich weryfikacji.

Z powyższego wynika, że odwołujący miał świadomość, iż Izba rozpatrując przedmiotową sprawę oceni zasadność stawianych zarzutów według stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, tj. z uwzględnieniem zmiany SIWZ dokonanej w dniu 8 kwietnia 2016 r.

Należy zatem stwierdzić, że odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 580/16 dotyczy tych samych okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego rozstrzygnięcia przez Izbę. W konsekwencji - w takiej sytuacji jak zaistniała - zachodzą obligatoryjne podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obligującego Izbę do odrzucenia następnie wniesionego odwołania, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Wyrok Izby z dnia 18 kwietnia 2016 r. jest wiążący dla składu orzekającego w niniejszej sprawie w zakresie rozpatrzonych zarzutów odwołania, do których Izba nie może obecnie wracać i rozpatrywać ich ponownie. Jedyną drogą wzruszenia - jeżeli odwołujący tak uważał - niekorzystnych dla niego rozstrzygnięć wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 446/16 - oddalającego zgłoszone zarzuty oraz żądania - jest skorzystanie z możliwości wniesienia

skargi i poddanie tego wyroku weryfikacji przez Sąd Okręgowy w trybie art. 198a ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli mimo modyfikacji SIWZ z 8 kwietnia 2016 r. - podlegającej ocenie Izby, odwołujący uznawał, że jego żądania nie zostały zaspokojone, a zarzuty nie zostały wyczerpane, winien zaskarżyć wyrok wydany w sprawie sygn. akt KIO 446/16.

Możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec ponownej czynności zamawiającego istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy zamawiający dopuścił się nowego, dotychczas nierozpatrzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Niedopuszczalność orzekania przez Izbę w odniesieniu do tych samych zarzutów (w tej samej sprawie) urzeczywistnia zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, której przejawem jest, między innymi regulacja art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący w przywołuje te same zarzuty i wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem poprzedniego rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się, o czym mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, co stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia odwołania.

W części zaś odwołujący przedstawia/powtarza ogólne, niesprecyzowane zarzuty, obejmując ich zakresem także inne postanowienia pierwotnej SIWZ w kształcie udostępnionym w dniu publikacji, tj. 26 marca 2016 r., sugerując jednocześnie, że specyfikacja ta jest na tyle wadliwa, iż podtrzymał zgłoszony wniosek ewentualny w poprzednim odwołaniu - o nakazanie zamawiającemu unieważnienia w całości prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby, tego rodzaju zarzuty należało uznać za spóźnione w świetle postanowień art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który wyznacza wykonawcy termin zawity na wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ, wynoszący 10 dni od zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego (przy danej wartości zamówienia).

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to również zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić w pierwotnej treści SIWZ, zwłaszcza wady postępowania przez odwołującego sugerowane - jako podstawy do unieważnienia przetargu. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe, zarzuty odwołania Izba uznała także za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie również podlegało

odrzuconiu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zdaniem Izby całokształt zarzutów i żądań przedstawionych obecnie przez odwołującego, ze wszechstronnym zróżnicowaniem sposobów ich ujęcia - był możliwy do sformułowania i podniesienia przy podważaniu treści SIWZ, ogłoszonej 26 marca 2016 r Postanowienia SIWZ wraz z ich modyfikacją z 8 marca 2016 r. - zaakceptowaną treścią wyroku Izby z dnia 18 kwietnia 2016 r., mają charakter obowiązujący, co nie pozbawia zamawiającego możliwości dokonywania dalszych modyfikacji SIWZ, w trybie zgodnym z art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie dotyczy wyłącznie tych samych okoliczności jak podnoszonych przez odwołującego w poprzednim odwołaniu, które były rozstrzygnięte przez Izbę (art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący: .....**

