

Sygn. akt: KIO 2460/18

WYROK
z dnia 14 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. w Katowicach** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów – Białystok”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 października 2018 r., nr 2018/S 199-452707.

20 listopada 2018 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej odpowiedź na pytanie nr 162, dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wobec czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. w Katowicach, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 29 listopada 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez nieprecyzyjny, niejednoznaczny i de facto wzajemnie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści odpowiedzi nr 162 na pytanie 162 (pismo zamawiającego z dnia 20 listopada 2018 r.) polegający na nałożeniu na wykonawcę jednoczesnego obowiązku przedstawienia deklaracji weryfikacji WE podsystemu wystawionej na czas nieoznaczony i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej opracowanej przez wykonawcę, w której określona będzie długość cyklu życia urządzeń;
- 2) przepisów prawa szczegółowo określonych w uzasadnieniu odwołania, które implikują i regulują zasady sporządzania przez producentów podsystemu deklaracji WE.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany wymagania odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia a zawartego w odpowiedzi nr 162 (pismo zamawiającego z dnia 20 listopada 2018 r.) przez wykreślenie w treści odpowiedzi w tirecie drugim sformułowania „wystawionej na czas nieokreślony”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że pismem z dnia 20 listopada 2018 r. zatytułowanym „pytania i odpowiedzi do SIWZ cz. III” zamawiający udzielił m.in. odpowiedzi na pytanie nr 162, w ramach której zmodyfikował treść SIWZ, stawiając dodatkowe wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią odpowiedzi

zamawiającego, nowym wymaganiem wobec przedmiotu zamówienia jest doręczenie dla podsystemu deklaracji WE wystawionej na czas nieokreślony.

Pytanie nr 162

W związku z przewidzianym w pkt. 4.5 ppkt 12 PFU obowiązkiem uzyskania przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa UTK na czas nieokreślony, po uzyskaniu certyfikatu weryfikacji WE podsystemu na etapie końcowych prób i po wystawieniu deklaracji weryfikacji WE podsystemu, prosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, czy za zgodną z powyższymi wymaganiami Zamawiającego będzie uznana sytuacja, w której:

- Prezes UTK wyda zezwolenie nieopatrzone datą jego obowiązywania (bez jednoczesnego wskazywania, że jest to zezwolenie na czas określony bądź nieokreślony), oraz*
- deklaracja weryfikacji WE podsystemu będzie wystawiona na okres nie krótszy niż długość cyklu życia urządzeń, oraz*
- w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej opracowanej przez wykonawcę określona będzie długość cyklu życia urządzeń;*

Odpowiedź na pytanie nr 162

W związku z przewidzianym w pkt. 4.5 ppkt 12 PFU obowiązkiem uzyskania przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa UTK na czas nieokreślony, Zamawiający wymaga uzyskania/przedłożenia następujących dokumentów:

- zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego wydanego przez Prezesa UTK nieopatrzonego datą jego obowiązywania (bez jednoczesnego wskazywania, że jest to zezwolenie na czas określony bądź nieokreślony), oraz*
- deklaracji weryfikacji WE podsystemu wystawionej na czas nieokreślony, oraz*
- Dokumentacji Techniczno-Ruchowej opracowanej przez wykonawcę, w której określona będzie długość cyklu życia urządzeń.*

Odwołujący argumentował, że przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem jest realizacja zadania pn. „projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów - Białystok”, polegająca na zabudowie systemu ERTMS/ETCS w określonych terytorialnie przez zamawiającego odcinkach linii kolejowej.

Wywodził, że zgodnie z pkt. 4.5 ppkt 12 PFU, wykonawca zobowiązany jest, po uzyskaniu certyfikatu weryfikacji WE podsystemu na etapie końcowych prób i po wystawieniu deklaracji weryfikacji WE podsystemu, uzyskać w imieniu zamawiającego zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji wydawane przez Prezesa UTK na czas nieokreślony.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający w niniejszej sprawie wymaga [pkt 4.8 ppkt 20 PFU, pkt 5.3.6 ppkt 3 PFU] zapewnienia, aby cykl życia systemu wynosił 25 lat. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, producent urządzeń i systemów zobowiązany jest wskazać w wystawianych przezeń deklaracjach tożsamy, czyli oznaczony termin trwałości. Nie jest możliwe w takim wypadku wystawienie deklaracji na czas nieokreślony - deklaracja pozostawałaby wówczas niezgodna z treścią Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (zwaną dalej „DTR”) zastosowanych urządzeń.

Zgodnie z treścią odpowiedzi nr 162 (pismo z dnia 20 listopada 2018 r.), zamawiający pozostawia w SIWZ (PFU) wymaganie trwałości - 25 lat. Zamawiający pozostawia również prawo (nota bene także obowiązek) ujawnienia ww. informacji w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (tiret trzecie odpowiedzi nr 162), a jednocześnie nakazuje wystawienie przez wykonawcę (producenta) deklaracji na czas nieokreślony (tiret drugie odpowiedzi nr 162), co stoi w sprzeczności z ww. wymaganiami i zasadami sporządzania deklaracji WE przez producenta podsystemu.

Odwołujący wywiódł, że deklaracja WE podsystemu to dokument wystawiany przez producenta, zgodnie z regulacjami prawa unijnego i krajowego. W szczególności zastosowanie znajdują tutaj:

- (i) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 21 kwietnia 2017 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei - zgodnie z § 8 ust. 1 pkt. 11) deklaracja WE powinna zawierać termin ważności deklaracji weryfikacji WE podsystemu, jeśli została wydana na czas określony;
- (ii) Ustawa z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku;
- (iii) Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (z późn. zm.);
- (iv) Decyzja Komisji 2010/713/UE z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie modułów procedur oceny zgodności, przydatności do stosowania i weryfikacji WE stosowanych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności przyjętych na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE (moduł SG);
- (v) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie;
- (vi) Zalecenie Komisji 2014/897/UE z dnia 5 grudnia 2014 r. w sprawie kwestii związanych z dopuszczaniem do eksploatacji użytkowaniem podsystemów strukturalnych i pojazdów na podstawie dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE i 2004/49/WE.

Odwołujący wskazywał, że wedle przywołanych regulacji prawnych:

- (i) warunkiem włączenia podsystemu kolei np. CCS do eksploatacji jest spełnienie wymagań zasadniczych interoperacyjności (bezpieczeństwo, niezawodność, dostępność, zdrowie, środowisko, zdolność techniczna);

(ii) Wymagania zasadnicze (wymienione powyżej) muszą być spełnione przez cały okres eksploatacji - a zatem, w odniesieniu do analizowanej sprawy, w wymaganym przez zamawiającego cyklu życia (25 lat);

(iii) Dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań zasadniczych jest deklaracja weryfikacji WE wystawiana zgodnie z modułami Decyzji 2010/713/UE - dla rozpatrywanego przypadku modułem SG, przy udziale jednostki notyfikowanej zwanej NoBo. Deklaracja musi pozostawać w zgodzie z dokumentami źródłowymi, w tym przedstawianymi jednostce notyfikowanej.

Zdaniem odwołującego kluczowym elementem w kwestii sporządzania deklaracji WE dla podsystemu jest to, że dane zawarte w deklaracji pochodzą z dokumentu źródłowego, którym dla deklaracji jest DTR. Oznacza to, że dokumenty te nie mogą być wzajemnie sprzeczne. Informacja o okresie „ważności” deklarowanego na dany dzień stanu dla urządzeń ściśle powiązana jest z cyklem życia tegoż podsystemu (urządzenia) określonym w DTR. Nie jest zatem prawnie dozwolone dowolne określanie treści (szczególnie przez podmiot zamawiający, który nie jest autorem deklaracji i nie ponosi odpowiedzialności za jej treść) deklaracji w stosunku do danych wskazanych w DTR. Tym samym, przytoczone przez odwołującego wymagania zamawiającego, wynikające z przytoczonych postanowień PFU, są ze sobą wzajem sprzeczne i wzajemnie się wykluczają. Zatem w niniejszym przypadku zamawiający uchybił ciężącemu na nim obowiązkowi precyzyjnego i prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 20 listopada 2018 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia sporządzenie opisu w taki sposób, który jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, wewnątrznie sprzeczny może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty i prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest realizacja zadania pn. „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów - Białystok” [pkt 2.1 IDW], polegająca na zabudowie systemu ERTMS/ETCS w określonych terytorialnie przez Zamawiającego odcinkach linii kolejowej.

Izba ustaliła także, że zamawiający przedmiot zamówienia opisał w Tomie III SIWZ (program funkcjonalno-użytkowy), zwanym dalej „PFU”.

W pkt 4.5 (zatytułowanym „Wymagania w zakresie certyfikacji”), w ppkt 12 PFU zamawiający wskazał, że *po uzyskaniu certyfikatu weryfikacji WE podsystemu na etapie końcowych prób i po wystawieniu deklaracji weryfikacji WE podsystemu, Wykonawca jest zobowiązany uzyskać w imieniu Zamawiającego zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji wydawane przez Prezesa UTK na czas nieokreślony.*

W pkt 4.8. (zatytułowanym „Wymagania dla urządzeń zewnętrznych”), w ppkt 20 zamawiający wskazał, że *wykonawca zapewni dostęp do części zamiennych przez cały cykl życia systemu (25 lat).*

W pkt 5.3.6. (zatytułowanym „Wymagania w zakresie dokumentacji techniczno - ruchowej (DTR)”)m w ppkt 3 PFU zamawiający wskazał, że *wykonawca zapewni dostęp do części zamiennych przez cały cykl życia systemu (25 lat).*

Izba ustaliła ponadto, że do zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

W związku z przewidzianym w pkt. 4.5 ppkt 12 PFU obowiązkiem uzyskania przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa UTK na czas nieokreślony, po uzyskaniu certyfikatu weryfikacji WE podsystemu na etapie końcowych prób i po wystawieniu deklaracji weryfikacji WE podsystemu, prosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, czy za zgodną z powyższymi wymaganiami Zamawiającego będzie uznana sytuacja, w której:

- *Prezes UTK wyda zezwolenie nieopatrzone datą jego obowiązywania (bez jednoczesnego wskazywania, że jest to zezwolenie na czas określony bądź nieokreślony), oraz*
- *deklaracja weryfikacji WE podsystemu będzie wystawiona na okres nie krótszy niż długość cyklu życia urządzeń, oraz*
- *w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej opracowanej przez wykonawcę określona będzie długość cyklu życia urządzeń;*

Na tak zadane pytanie zamawiający w dniu 20 listopada 2018 r. udzielił odpowiedzi nr 162 o treści:

W związku z przewidzianym w pkt. 4.5 ppkt 12 PFU obowiązkiem uzyskania przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa UTK na czas nieokreślony, Zamawiający wymaga uzyskania/przedłożenia następujących dokumentów:

- *zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego wydanego przez Prezesa UTK nieopatrzonego datą jego obowiązywania (bez jednoczesnego wskazywania, że jest to zezwolenie na czas określony bądź nieokreślony), oraz*
- *deklaracji weryfikacji WE podsystemu wystawionej na czas nieokreślony, oraz*
- *Dokumentacji Techniczno-Ruchowej opracowanej przez wykonawcę, w której określona będzie długość cyklu życia urządzeń.*

Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zdaniem Izby, obowiązek złożenia deklaracji weryfikacji WE podsystemu wystawionej na czas nieokreślony w analizowanej sprawie nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów.

Spór pomiędzy stronami dotyczył nałożonego przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 162 obowiązku przedstawienia deklaracji weryfikacji WE podsystemu „wystawionej na czas nieokreślony”. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykreślenia fragmentu odpowiedzi, w której zamawiający, w odniesieniu do ww. deklaracji, oczekiwał, iż będzie ona „wystawiona na czas nieokreślony”.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zakwestionowany przez niego wymóg jest niezgodny z innymi postanowieniami SIWZ, co miało prowadzić do niejednoznaczności i wewnętrznej sprzeczności treści SIWZ. Odwołujący argumentował, że w innych

postanowieniach SIWZ, a mianowicie w pkt 4.8 ppkt 20 PFU, pkt 5.3.6 ppkt 3 PFU (tom III SIWZ), zamawiający miał wskazać, że cykl życia systemu wynosi 25 lat. Ponadto zwrócił uwagę, że w przywołanej odpowiedzi na pytanie nr 162 zamawiający wymagał także złożenia przez wykonawcę dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR), w której określona będzie długość cyklu życia urządzeń. Wywiódł, że producent urządzeń i systemów zobowiązany jest wskazać w wystawianych przez siebie deklaracjach termin trwałości tożsamy z określonym w DTR, a więc oznaczony termin trwałości. Uważał, że nie jest w takim wypadku dopuszczalne wystawienie deklaracji na czas nieokreślony - deklaracja pozostawałaby wówczas niezgodna z treścią dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR) zastosowanych urządzeń, co miało naruszać odrębne przepisy.

Izba stwierdziła, że tak opisane zarzuty nie znalazły potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, aby treść SIWZ była wewnętrznie sprzeczna, a postawiony wymóg prowadził do niezgodności wystawionej deklaracji z treścią dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń (DTR) czy naruszał przepisy przywołane w odwołaniu.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że w przywołanych przez odwołującego postanowieniach pkt 4.8 ppkt 20 i 5.3.6. ppkt 3 PFU zamawiający położył akcent na konieczność dostarczania przez wykonawcę części zamiennych przez 25 lat. W obydwu postanowieniach była mowa o konieczności zapewnienia dostępu do części zamiennych przez taki właśnie czas. Wbrew stanowisku odwołującego, powyższe nie oznaczało jeszcze, że system będzie użytkowany tylko przez ten okres. Jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, zamierza on użytkować system również po upływie wyznaczonego okresu dostarczania części zamiennych. Zdaniem Izby odwołujący zatem nadinterpretował przywołane przez siebie postanowienia SIWZ, bezzasadnie utożsamiając upływ wyznaczonego w SIWZ terminu z zakończeniem okresu użytkowania i eksploatacji systemu.

Zdaniem Izby, obowiązek nałożony przez zamawiającego nie oznacza także konieczności sporządzenia deklaracji niezgodnej z treścią dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR). Rzeczywiście, zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 162, deklarację weryfikacji WE producent miał obowiązek wystawić na czas nieokreślony, a jednocześnie dopuszczono, aby w dokumentacji techniczno-ruchowej określono długość cyklu życia urządzeń. Powyższe nie prowadzi jednak do sprzeczności obu dokumentów, jak wywodził odwołujący,

Jak wynika z załącznika do dyrektywy Komisji nr 2014/106/UE z dnia 5 grudnia 2014 r. zmieniającej załączniki V i VI do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie (Dz.Urz.UE.L Nr 355, str. 42), deklaracja weryfikacji WE zawiera *odniesienia do dokumentów zawartych w dokumentacji*

technicznej towarzyszącej deklaracji weryfikacji WE. Ponadto, z tego samego załącznika nr V do dyrektywy wynika, że deklaracja może także zawierać wszelkie odpowiednie tymczasowe lub ostateczne przepisy, którym muszą odpowiadać podsystemy, oraz w szczególności, w stosownych przypadkach, ewentualne ograniczenia lub warunki eksploatacji.

Powyższe wynika również z przepisu § 8 ust. 1 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa w sprawie interoperacyjności systemu kolei z dnia 21 kwietnia 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 934). Przepisy te stanowią, że *deklaracja weryfikacji WE podsystemu infrastruktura, energia, sterowanie - urządzenia przytorowe, sterowanie - urządzenia pokładowe i tabor dla pojazdów zgodnych z TSI powinna zawierać:*

9) odniesienie do dokumentów zawartych w dokumentacji technicznej związanej z przeprowadzoną weryfikacją WE podsystemu;

10) informacje o stałych lub czasowych warunkach, które powinien spełniać podsystem, w tym o ewentualnych ograniczeniach jego eksploatacji.

Regulacje ta znajduje rozwinięcie w zaleceniach Komisji z dnia 5 grudnia 2014 r. w sprawie kwestii związanych z dopuszczeniem do eksploatacji i użytkowaniem podsystemów strukturalnych i pojazdów na podstawie dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE i 2004/49/WE (Dz. U UE L Nr 355m str. 59). W zaleceniu nr 90 czytamy, że *Zgodnie z art. 18 i załącznikiem VI do dyrektywy 2008/57/WE, do deklaracji weryfikacji WE dla podsystemów powinna zostać dołączona dokumentacja techniczna obejmująca dokumentację opisującą podsystem, dokumentację wynikającą z weryfikacji dokonanej przez różne jednostki oceniające oraz dokumentację dotyczącą elementów związanych z warunkami i ograniczeniami użytkowania oraz wytycznymi dotyczącymi serwisu, stałego lub rutynowego monitorowania, dostosowania i utrzymania. Dokumentacja techniczna towarzysząca deklaracji weryfikacji WE obejmuje wszystkie dokumenty potwierdzające, które są niezbędne do otrzymania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji. Z kolei w zaleceniu nr 97 znajduje się informacja, że dokumentacja techniczna towarzysząca deklaracji weryfikacji WE powinna zawierać informacje potrzebne do zarządzania zaprojektowanym stanem roboczym pojazdu lub projektem sieci w całym cyklu jego życia.*

Zdaniem Izby z wszystkich przywołanych regulacji wynika, że deklaracji weryfikacji WE nie można odczytywać i analizować w oderwaniu od dokumentacji technicznej, do której ona w swej treści odsyła i z której mogą wynikać pewne ograniczenia, warunki i wytyczne użytkowania. W szczególności z dokumentacji technicznej mogą wynikać informacje dotyczące cyklu życia urządzeń. Skoro zatem deklaracja weryfikacji WE podsystemu będzie się do takiej dokumentacji odwoływać, a ponadto sama może zawierać wzmiankę o ewentualnych ograniczeniach, to nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że

deklaracja weryfikacji WE (wystawiona na czas nieokreślony) i dokumentacja (określająca długość cyklu życia urządzeń), żądane przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 162, na pewno będą wewnątrznie sprzeczne. Dokumenty te będą bowiem odczytywane i interpretowane łącznie.

Zdaniem Izby warto przywołać także zalecenie nr 99 z zaleceń Komisji z dnia 5 grudnia 2014 r., które stanowi, iż *Zgodnie z art. 15 dyrektywy 2008/57/WE oraz art. 4 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/49/WE na przedsiębiorstwach kolejowych lub zarządcach infrastruktury spoczywa obowiązek zapewnienia, aby pojazd lub podsystem spełniał zasadnicze wymagania podczas użytkowania*. Zdaniem Izby, z ww. regulacji wynika jednoznacznie, że odpowiedzialność producenta jako wystawcy deklaracji weryfikacji WE nie jest absolutna i zostaje uchylona, jeśli przykładowo zarządca infrastruktury nie zadba o utrzymanie wymagań zasadniczych w trakcie użytkowania np. postępując niezgodnie z dokumentacją źródłową, do jakiej odsyła deklaracja.

Dostrzeżenia wymagało, że wszystkie ww. regulacje i akty prawne zostały przez zamawiającego w SIWZ wyraźnie przywołane, jako obowiązujące w analizowanym postępowaniu. Przepisy te zostały bowiem wprost wymienione przez zamawiającego w części II PFU (tom III SIWZ), w pkt 1.1. (str. 82-85). W tej sytuacji udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 162 i nałożonych w niej obowiązków nie można interpretować w oderwaniu od postanowień SIWZ, a także przepisów prawa i regulacji, znajdujących zastosowanie w sprawie.

Zdaniem Izby, w świetle wszystkich przywołanych przepisów i regulacji, bezterminowość deklaracji weryfikacji WE nie oznacza, że odpowiedzialność producenta w analizowanej sprawie nie doznaje ograniczeń wynikających z cyklu życia urządzeń. Powyższe wprost zostało także przez zamawiającego dopuszczone w kwestionowanej odpowiedzi na pytanie nr 162 z dnia 20 listopada 2018 r. Zamawiający w tej odpowiedzi jednoznacznie dopuścił możliwość złożenia dokumentacji techniczno-ruchowej, w której określona będzie długość cyklu życia urządzeń. Jeżeli zatem w dokumentacji techniczno-ruchowej znajdują się informacje odnoszące się do długości cyklu życia urządzeń, to wystawiana przez wykonawcę bezterminowa deklaracja będzie zawierała odesłanie do dokumentacji źródłowej, zawierającej takie ograniczenie. Ponadto w świetle przytoczonych wyżej przepisów prawa i regulacji, w samej deklaracji może znaleźć się wzmianka o ograniczeniach lub warunkach eksploatacji, do których może zaliczyć ograniczenia wynikające z długości cyklu życia urządzeń, opisane w dokumentacji źródłowej. Powyższe ograniczenia nie będą jednak czynić deklaracji terminową.

Na możliwość wystawienia na czas nieokreślony deklaracji weryfikacji WE dla podsystemu sterowanie - urządzenia przytorowe i odesłania w jej treści do dokumentacji źródłowej, zawierającej stosowne ograniczenia, wskazywały także złożone przez

zamawiającego przykładowe deklaracje weryfikacji WE wystawione przez wykonawców Nokia Solutions and Networks sp. z o.o. w Warszawie, Thales sp. z o.o. w Warszawie, oraz Trakcja PRKil S.A. w Warszawie.

W konsekwencji nie można było przyznać racji odwołującemu, jakoby udzielona odpowiedź na pytanie nr 162 prowadziła do sprzeczności między dokumentacją techniczno-ruchową a deklaracją weryfikacji WE czy naruszała przepisy prawa dotyczące reguł sporządzenia tego rodzaju dokumentów. Zarzuty nie znalazły zatem potwierdzenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia kwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei

w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, stosownie do rachunku złożonego w trakcie rozprawy. W analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: