

WYROK
z dnia 27 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban
Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2013 r. przez wykonawcę **Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o., ul. Ludwikowo 1, 85-502 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **"TK Telekom" Sp. z o.o., ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o., ul. Ludwikowo 1, 85-502 Bydgoszcz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o., ul. Ludwikowo 1, 85-502 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o., ul. Ludwikowo 1, 85-502 Bydgoszcz** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*zakup centralek do zapowiadania pociągów*.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 września 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 174-301178.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz wymogu przedłożenia w terminie składania oferty bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego, wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Zdaniem Odwołującego, przedmiot zamówienia został opisany w taki sposób, że wskazuje na jednego wykonawcę, co stanowi naruszenie art. 29 i 30 ustawy Pzp. Zaś, posiadanie w terminie składania oferty świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego narusza, w ocenie Odwołującego, zasady udzielania zamówień publicznych opisane w art. 25 oraz 7 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w kwestionowanym zakresie „*na zapisy opisu przedmiotu zamówienia niewskazujące na jednego Wykonawcę oraz nałożenie obowiązku przedstawienia świadectwa dopuszczenia nie później niż 150 dni od dnia podpisania protokołu odbioru, przed pierwszą dostawą centralek*”. Powyższe żądanie zostało zmodyfikowane w piśmie procesowym z dnia 25 września 2013 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale III pkt 3 ppkt 3.1. lit. f w zakresie konfiguracji części bazowej każdej centralki zamieścił następujący wymóg: „*Rejestrator powinien być wykonany w postaci urządzenia zamontowanego w jednej, odrębnej, metalowej obudowie. Wysokość rejestratora nie powinna przekraczać wysokości 3U. Z przodu urządzenia powinien znajdować się panel sterujący (wyświetlacz + kursory nawigacyjne/joystick/wyświetlacz dotykowy) a z tyłu - pole przyłączeniowe (zasilanie, porty do podłączenia linii zewnętrznych, przełączniki itp.)*”. Zdaniem Odwołującego, opisane rozwiązanie zostało zastosowane w konkretnym urządzeniu, które w swojej ofercie posiada firma DGT Sp. z o. o. z siedzibą w Straszynie. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył folder cyfrowego rejestratora rozmów Net CRR2.

Odwołujący wyjaśnił, że jest producentem urządzenia rejestrującego rozmowy, które spełnia wszystkie wymogi techniczne Zamawiającego, a nie posiada wyświetlacza na

przedniej płycie czołowej rejestratora. W ocenie Odwołującego, takie umieszczenie wyświetlacza nie ma znaczenia dla zarejestrowanych rozmów, bo są one rejestrowane na dysku, do którego dostęp może być przez różne interfejsy, niekoniecznie przez interfejs umieszczony z przodu urządzenia.

Dalej Odwołujący podniósł, że w rozdziale III punkt 3.1 SIWZ Zamawiający zawarł wymagania funkcjonalne centralki i wskazał, że *„powinna się ona składać z dwóch odrębnych modułów: pulpitu dyżurnego ruchu oraz części bazowej centralki. Pulpit powinien być dostarczony w wersji z przyciskami oraz w wersji z ekranem dotykowym LCD (touch-screen) - według specyfikacji Zamawiającego stanowiącej załącznik nr 1 do OPZ. Ekran dotykowy stanowiący pulpity centralki powinien mieć przekątną nie mniejszą niż 17” i nie większą niż 24”*. W ocenie Odwołującego, wskazane postanowienia, jak również dalsze, opisujące ekran dotykowy, zawarte w załączniku nr 1, wskazują na gotowy produkt oferowany przez firmę DGT Sp. z o.o. Pomijając te podobieństwa, wymóg ekranu dotykowego w centralce, zdaniem Odwołującego, jest zbędny, ponieważ przy stosowaniu ekranu dotykowego istnieje większe prawdopodobieństwo awarii.

Wskazane postanowienia SIWZ, w opinii Odwołującego, świadczą o tym, że przy opisie przedmiotu zamówienia została naruszona zasada uczciwej konkurencji, zawarta w art. 7 ustawy Pzp, a opis przedmiotu zamówienia został sporządzony niezgodnie z art. 29 i 30 ustawy Pzp .

Odwołujący podniósł, że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że ustawa Pzp w art. 29 ust. 2 zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego.

Stąd też bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Dokonywanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu

(produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję. Posłużenie się do opisu przedmiotu zamówienia znakami towarowymi lub nazwami własnymi produktów jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy zamawiający jednocześnie dopuszcza składanie ofert równoważnych - przez co należy rozumieć zaoferowanie produktów lub usług służących do tego samego celu oraz o porównywalnych (ekwiwalentnych) właściwościach i jakości.

Tak samo sformułowany wymóg dostarczenia w terminie składania ofert bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego, jest na tym etapie zbędny, w ocenie Odwołującego, ogranicza uczciwą konkurencję i jest sprzeczny z intencją ustawodawcy.

W zał. Nr 6 do SIWZ w paragrafie 5 pkt. 6 Zamawiający zapisał, że: *„Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu certyfikaty bezpieczeństwa i deklaracje zgodności oraz świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego dla dostarczanego towaru najpóźniej w dniu podpisania Protokołu odbioru i przekazania do eksploatacji.”*

Wykonawca zgadza się z tym zapisem i uważa, że na etapie składania ofert wystarczające jest złożenie oświadczenia, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymogi Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia. Będą to przede wszystkim takie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Żądania zamawiającego w tym zakresie ogranicza dyspozycja art. 26 ustawy Pzp.

Celem normy zawartej w art. 25 ustawy Pzp, jak wskazuje Odwołujący, jest ograniczenie żądań zamawiającego do zakresu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego biurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach SIWZ, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że treść kwestionowanych postanowień SIWZ jest bezsporna, zatem prowadzenie ustaleń przez Izbę w tym zakresie należało uznać za bezprzedmiotowe. Podstawą do rozważań uczyniono zatem te nie budzące wątpliwości i odpowiadające rzeczywistości postanowienia SIWZ, dotyczące wymogów technicznych

urządzeń a wyartykułowane przez Odwołującego. Przytaczanie ich w tym miejscu nie było konieczne wobec zawarcia ich w treści odwołania i przedstawienia powyższego w ramach niniejszego uzasadnienia (powyżej).

Odwołujący przedmiotem sporu uczynił również postanowienie rozdziału IX SIWZ, zgodnie z którym *„w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga się przedstawienia w terminie składania oferty przez Wykonawcę bezterminowego <<Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego>> wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.”*

Jednocześnie Izba dopuściła dowód z dokumentu w postaci SIWZ (wyciąg), opracowanych przez Zamawiającego na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętych w październiku i listopadzie 2012 r., których przedmiotem był odpowiednio zakup cyfrowych rejestratorów rozmów oraz zakup centralek do zapowiadania pociągów. Na podstawie pierwszego z dokumentów ustalono, że wymogi dotyczące odrębnej obudowy rejestratora, wyświetlacza, jak i ekranu dotykowego Zamawiający sformułował już w pierwszym z wymienionych postępowań (rozdział III pkt 3.1 SIWZ). Konieczność wyposażenia w ekran dotykowy została powtórzona w kolejnym postępowaniu (rozdział III pkt 3.1 SIWZ). Jednocześnie ustalono, że w obu postępowaniach postawiono wymóg, dotyczący obowiązku posiadania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji, sformułowany w sposób analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu (rozdział IX SIWZ, str. 12-13).

Izba dopuściła również dowód przedstawiony przez Odwołującego w postaci wykazu udzielonych świadectw przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, pobranego ze stron internetowych Urzędu Transportu Kolejowego. Na podstawie przedłożonego dowodu ustalono, że bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji posiada rejestrator cyfrowy rozmów typu KRSC 206 (poz. 220 odnosząca się do 2001 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zwrócić należy uwagę, że jakkolwiek Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ustawy Pzp nie wskazuje wprost jednostki redakcyjnej, którą czyni przedmiotem zarzutu, to nie budzi wątpliwości Izby, że chodzi o naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazuje na powyższe zarówno treść uzasadnienia odwołania, jak również powołanie się na poglądy doktryny i orzecznictwa, odnoszące się do wskazanego przepisu.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Przepis powyższy stanowi wyraz jednej z

naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w szczególności, poprzez opisanie szczegółowych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, wskazywać na konkretny produkt, oferowany przez konkretnego wykonawcę.

Wskazać należy, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego, który zachowując zasady określone w przepisach ustawy Pzp, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby. Za utrwalony w orzecznictwie KIO należy uznać pogląd, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Tym samym za oczywisty należy uznać fakt, iż niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego niż innym, a część wykonawców w ogóle nie może wziąć udziału w postępowaniu. Fakt ten nie zawsze jest zatem wyrazem naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Realizacja dyspozycji przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego skonkretyzowania swoich wymogów, który znajdują racjonalne uzasadnienie, a nie są wyrazem preferencji określonego wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę rolą wykonawcy (odwołującego) jest wykazanie, że u podstaw wymagań sformułowanych przez zamawiającego nie leżą jego potrzeby. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W świetle przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Analogicznie, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wyrażoną w art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić. Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie podziela zatem stanowiska Odwołującego, iż to Zamawiający winien udowodnić, brak naruszenia wskazanego przepisu.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że oparcie argumentacji odwołania na twierdzeniu, że opis przedmiotu zamówienia,

odnoszący się do jego cech technicznych, wskazuje na wolę zakupu urządzenia, którego producentem jest firma DGT Sp. z o.o., wobec modyfikacji stanowiska Odwołującego na posiedzeniu, że jest przynajmniej kilku producentów urządzenia o parametrach wskazanych w SIWZ, czyni zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp bezprzedmiotowym.

Przechodząc zaś do oceny, czy wskazane przez Odwołującego wymagania techniczne znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, uprzednio zwrócić należy uwagę, iż rozważania w tym zakresie zostaną przeprowadzone jedynie z tej przyczyny, że w treści odwołania znajduje się stwierdzenie, że parametrów tych urządzenie, którego producentem jest Odwołujący, nie spełnia. Jednakże taki sposób formułowania zarzutów, wobec braku precyzji, budzi zastrzeżenia.

Jeśli idzie o pierwszy z zarzutów, zwrócić należy uwagę, iż jakkolwiek Odwołujący przytoczył postanowienie, zawarte w rozdziale III pkt 3 ppkt 3.1. lit. f SIWZ, to nie budzi wątpliwości Izby, biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne zarzutu, że Odwołujący uczynił przedmiotem sporu jedynie wymóg posiadania wyświetlacza na przedniej płycie czołowej. Na próżno zaś poszukiwać w treści odwołania stanowiska Odwołującego, kwestionującego umieszczenie rejestratora w jednej, odrębnej metalowej obudowie. Stanowisko powyższe zostało wyartykułowane przez Odwołującego na dalszym etapie postępowania odwoławczego, co należy uznać, mając na względzie, że zarzut w warunkach niniejszego postępowania to substrat okoliczności faktycznych i prawnych, za rozszerzenie zarzutu. Zaś, poza kognicją Izby pozostają zarzuty, które nie były zawarte w treści odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Niezależnie jednak od powyższego, zarówno wymóg dotyczący wyświetlacza, jak i odrębnej obudowy, w niniejszym stanie faktycznym należy uznać za uzasadniony. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wymóg umieszczenia rejestratora w odrębnej obudowie nie stanowi realizacji obiektywnych potrzeb Zamawiającego. W treści odwołania brak jakiegokolwiek argumentacji uzasadniającej sformułowane twierdzenie, z powodów, o których była mowa wyżej. Ciężaru dowodu w tym zakresie nie udźwignął Odwołujący również na dalszym etapie postępowania odwoławczego. Zamawiający podniósł, iż wobec zaleceń Urzędu Transportu Kolejowego, sformułowanych po katastrofie pod Szczekocinami, Zamawiający winien realizować odsłuchiwanie rozmów z każdego rejestratora na miejscu dwa razy w ciągu miesiąca po 30 minut. W sytuacji, w której rejestrator nie znajduje się w odrębnej obudowie, wykonanie powyższego zalecenia pozostaje w kolizji z pracą dyżurnego ruchu. To z kolei powoduje, że Zamawiający ma wybór pomiędzy zakłóceniem pracy dyżurnego ruchu a odsłuchaniem rozmów. Jednakże, możliwość wyboru, co oczywiste, jest pozorna, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu kolejowym. Wyjaśnienia Zamawiającego w tym przedmiocie

należało uznać za spójne i uzasadnione, tym bardziej, że Odwołujący w istocie wobec wyjaśnień Zamawiającego, poprzestał na konstatacji, że możliwość odsłuchu może być realizowana zdalnie. Powyższe twierdzenie dowodzi jedynie, że Odwołujący pomija zalecenia Urzędu Transportu Kolejowego i domaga się sformułowania wymagań, które w istocie doprowadzą do sytuacji, w której realizacja tych zaleceń nie będzie możliwa, po wtóre, nie chce przyjąć, że zdalny odsłuch, w zamyśle Zamawiającego, pomijając nawet okoliczność, że jest dopiero na etapie wdrożeniowym, został przeznaczony do innych celów. Zaś trudno Zamawiającemu odmówić, czego Odwołujący nawet nie uczynił, uprawnienia do określenia sposobu wykorzystania określonych funkcjonalności.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Odwołujący pierwotnie produkował urządzenia, które spełniały wymagania Zamawiającego, zatem biorąc pod uwagę, że Odwołujący już w ubiegłym roku powziął informacje, na podstawie analizy wymagań zawartych w SIWZ, dotyczącej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego, miał możliwość zareagowania na potrzeby rynku. Próby tej nie podjął, tym samym godząc się, iż w ramach kolejnych postępowań, o których miał wiedzę, nie będzie w stanie spełnić wymogów Zamawiającego.

Przechodząc do wymogu wyposażenia oferowanych rejestratorów rozmów w wyświetlacz umieszczony na przedniej płycie czołowej stwierdzić należy, iż Odwołujący nie tylko, że nie wykazał, iż przedmiotowy wymóg nie znajduje uzasadnienia w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nawet nie odparł argumentacji powołanej przez Zamawiającego. Tymczasem wyjaśnienia zaprezentowane przez Zamawiającego są racjonalne i spójne, stąd też należało dać im wiarę. Nie sposób nie zgodzić się z Zamawiającym, że wyświetlacz umiejscowiony na przedniej płycie czołowej stanowi najbardziej efektywny sposób prezentowania przez urządzenie komunikatów użytkownikowi. Rejestratory wyposażone w wyświetlacz stale pokazują stan swojej pracy, podczas gdy sprawdzenie pracy rejestratora, który nie jest wyposażony w wyświetlacz, wymaga co do zasady podłączenia urządzenia zewnętrznego. Oznacza to, że w przypadku braku wyświetlacza w instalowanych rejestratorach Zamawiający byłby zmuszony do zapewnienia pracownikom dodatkowych środków (co do zasady komputery przenośne), służących do wykonania czynności kontrolnych w czasie eksploatacji tych urządzeń. To z kolei spowoduje nie tylko konieczność poniesienia dodatkowych nakładów celem nabycia sprzętu, a jak wskazuje doświadczenie Zamawiającego, wartość tych nakładów byłaby wyższa niż wartość nabywanych urządzeń, ale także dodatkowe utrudnienia w zakresie eksploatacji tego sprzętu (konieczność zapewnienia stałej obecności dodatkowego sprzętu komputerowego w miejscu instalacji rejestratorów, uzależnienie procesu obsługi rejestratorów od sprawności komputerów przenośnych czy ryzyka powstania uszkodzeń przy

podłączaniu czy odłączaniu komputerów). Odwołujący do argumentacji Zamawiającego w istocie się nie odniósł, wskazał jedynie, że jego zdaniem, brak wyświetlacza powodowałby konieczność wyposażenia pracowników Zamawiającego w laptopy, ale wystarczyłby jeden laptop na 100 rejestratorów. Nie sposób jednak powyższych twierdzeń uznać za argumentację przełamującą stanowisko Zamawiającego.

Wymóg wyposażenia pulpitu dyżurnego ruchu w ekran dotykowy LCD, w opinii Izby, również należy uznać za uzasadniony. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że ekrany dotykowe są obecnie powszechnie stosowane w wielu urządzeniach, w tym również przemysłowych, a także w systemach łączności stosowanych w kolejnictwie. Po drugie, urządzenia wyposażone w ekrany dotykowe są łatwiejsze w obsłudze. Stosowanie ekranu dotykowego pozwala również na wyeliminowanie dodatkowych, ruchomych instrumentów wprowadzania informacji do urządzenia, takich jak klawiatura, mysz. Natomiast dzięki oszczędności miejsca na pulpicie, wynikającej z braku konieczności uwzględnienia dodatkowych przycisków lub gniazdek wejściowych, ekran dotykowy może być większy, przez co wyświetlane komunikaty stają się bardziej przejrzyste dla użytkownika niż wyświetlane na mniejszych ekranach tradycyjnych. Nadto, ekrany dotykowe są niezwykle odporne na uszkodzenia. Brak konieczności podłączenia urządzeń zewnętrznych, jak i wyposażenie pulpitu w ekran dotykowy przedkłada się również na ergonomię pracy stanowiska dyżurnego ruchu, co ma niebagatelne znaczenie biorąc pod uwagę rolę dyżurnego ruchu w systemie bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

W ocenie Izby, podnoszony przez Odwołującego argument, że wygoda Zamawiającego nie może być podstawą dla sformułowania wymogów technicznych przedmiotu dostawy jest co do zasady słuszny. Jednakże nie można tracić z pola widzenia okoliczności faktycznych niniejszego postępowania, a mianowicie, że ekran dotykowy jest przeznaczony dla dyżurnego ruchu, który spełnia istotną rolę w systemie bezpieczeństwa w ruchu kolejowym. Nadto, twierdzenia Odwołującego, iż przedmiotowe rozwiązanie jest droższe nie świadczą o naruszeniu uczciwej konkurencji.

W tym miejscu również należy podkreślić, że sam Odwołujący wskazał, że swoje urządzenia pierwotnie wyposażał w ekrany dotykowe, jednakże ze względu na małe zainteresowanie z powyższego zrezygnował. Obecnie, biorąc pod uwagę powszechność tego rozwiązania oraz wyartykułowanie już w zeszłym roku przez Zamawiającego wymagań w tym przedmiocie, Odwołujący miał realną możliwość powrotu do tych rozwiązań. Nie uczynił tego, mimo, że przedmiotowe rozwiązanie jest znakiem czasu, a tym samym przez brak działania pozbawił się możliwości zaoferowania własnego urządzenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do wymogu przedłożenia wraz z ofertą bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego, Odwołujący stoi na stanowisku, że nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, w rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W istocie Odwołujący, odstąpił od przedstawienia argumentacji na poparcie swego stanowiska. Co najwyżej, biorąc pod uwagę treść odwołania, Odwołujący stara się poszukiwać ograniczeń do żądania przedmiotowego dokumentu w przepisie art. 26 ustawy Pzp, wskazując, iż w pierwszej kolejności za niezbędne należy uznać dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednakże z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, iż ustawodawca w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp za dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania uznaje zarówno te, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i te, które służą potwierdzeniu, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Po drugie, nie budzi wątpliwości uprawnienie do jego żądania.

Nie zasługuje również na aprobatę pogląd Odwołującego, że wymóg ten jest zbędny. Zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r., Nr 16, poz. 94 ze zm.), zarządca albo przewoźnik kolejowy wykonujący przewozy na linii kolejowej może eksploatować wyłącznie podsystemy strukturalne, na które Prezes UTK wydał zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji, z zastrzeżeniem, że jeżeli w skład podsystemu strukturalnego wchodzi nieujęte w TSI typy urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, na które Prezes UTK nie wydał świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego to konieczne jest uzyskanie dla nich świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego i załączenie ich do wniosku, o którym mowa w art. 25e ust. 2. Z powyższego wynika, że warunkiem koniecznym dla zapewnienia Zamawiającemu możliwości eksploatacji przez Zamawiającego całego podsystemu strukturalnego jest uzyskanie dla wszystkich typów urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które nie zostały objęte Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności, świadectw dopuszczenia do eksploatacji. Centraliki służące do zapowiadania pociągów oraz rejestratory rozmów, związane z prowadzeniem ruchu kolejowego, nie są objęte Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności. Jednocześnie, w świetle § 1 pkt 3 lit. i oraz lit. k rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 7 sierpnia 2012 r. w sprawie wykazu typów budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, typów urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych, na które wydawane są świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (Dz. U. z 2012 r., poz.

911), urządzenia te są objęte obowiązkiem uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.

Skoro zatem przedstawienie przez wykonawców dla spornych urządzeń świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia jest niezbędne dla uzyskania przez Zamawiającego zezwolenia na eksploatację całego podsystemu sterowanie, to nie sposób stwierdzić, że wymóg przedłożenia wymaganego świadectwa jest na etapie składania ofert zbędny. Argumentację tę wzmacnia ponadto okoliczność, że proces certyfikacyjny związany z uzyskaniem dla urządzeń świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu jest procesem długotrwałym. W toku tego procesu urządzenie przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego musi zostać poddane cyklowi badań laboratoryjnych oraz badań realizowanych na poligonie doświadczalnym – pod nadzorem jednostki certyfikującej oraz pod nadzorem eksploatacyjnym zarządcy infrastruktury kolejowej, tj. Zamawiającego. Czas trwania tych badań wynosi od 12 do 18 miesięcy. Nadto, na uwagę zasługuje również fakt, że jak podaje Zamawiający, nie wszystkie urządzenia telekomunikacyjne zgłaszane do procesu certyfikacyjnego uzyskują bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego.

Za przekonującą i jednocześnie mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy należy uznać i tę argumentację Zamawiającego, że podstawę podjęcia decyzji o zakupie nowych centralk do zapowiadania pociągów stanowił stan obecnie eksploatowanych urządzeń i konieczność zapewnienia bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Skoro zatem istnieje potrzeba szybkiego zastąpienia wyeksploatowanych urządzeń nowymi, to w tej sytuacji, wymaganie od Zamawiającego, żeby uwzględnił, biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia, czas trwania procesu certyfikacji, a nawet uwzględnił ryzyko braku pomyślnego zakończenia tego procesu jest absolutnie nieuzasadnione.

Jednocześnie zawrócić należy uwagę, że profesjonalny dostawca tego typu urządzeń, biorąc pod uwagę aktualne przepisy dotyczące obowiązku posiadania świadectwa dopuszczenia typu urządzenia oraz wymogi Zamawiającego, wyartykułowane w toku uprzednio prowadzonych postępowań, winien podjąć działania zmierzające do uzyskania wymaganego świadectwa. Tym bardziej, że Odwołujący, jak wskazuje Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, mógłby uzyskać takie świadectwo po przeprowadzeniu badań uzupełniających, na skutek dokonania zmian urządzenia (w celu spełnienia wymogów technicznych Zamawiającego), dla którego rzeczne świadectwo zostało wydane w roku 2001.

W kwestii twierdzeń Odwołującego, że powiązanie wymogów technicznych z obowiązkiem przedstawienia bezterminowego świadectwa dopuszczenia typu urządzenia pozwala na zaoferowanie przedmiotu zamówienia jedynie przez DGT Sp. z o.o., Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący poglądu tego nie udowodnił. W pierwszej kolejności wskazać

należy, że w wykazie udzielonych świadectw, przedłożonym przez Odwołującego, w pozycji 220, dotyczącej roku 2001 znajduje się informacja, że świadectwo bezterminowe posiada rejestrator cyfrowy rozmów typu KRSC 206. Powyższe wskazuje, że oprócz urządzenia oferowanego przez DGT Sp. z o.o. jest jeszcze inne urządzenie, które posiada wymagane przez Zamawiającego świadectwo. Jednocześnie brak podstaw do przyjęcia, że rzeczony urządzenie nie jest produkowane i oferowane na rynku, bowiem nie znajduje się w ofercie produktowej, zamieszczonej na stronach internetowych Krzysztofa Kryńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRX Krzysztof Kryński (dalej „TRX”). Po pierwsze, zauważyć należy, iż z faktu, że brak informacji o produkcie na stronach internetowych nie świadczy o tym, że firma TRX nie produkuje już tego urządzenia, a zatem nie jest dostępne w sprzedaży. Zaś, przedłożenie przez Zamawiającego karty charakterystyki rejestratora KRSC 332 produkcji TRX nie dowodzi, że rejestrator typu KRSC 206 nie jest produkowany, tym bardziej, że przedmiotowy dokument został przez Zamawiającego przestawiony na dowód posiadania wymaganego przez Zamawiającego wyświetlacza. Nadto, nie można pomijać, że firma Delta Tronic w swojej ofercie produktowej podaje, że urządzenie jej produkcji współpracuje z rejestratorem firmy TRX. Po drugie, w ofercie Zamawiający oświadczył, że nabył od firmy TRX pojedyncze egzemplarze przedmiotowych urządzeń w roku 2012 i 2013, czego Odwołujący nie kwestionował. Po trzecie wreszcie, Zamawiający oświadczył, że rzeczony rejestrator spełnia wszystkie wymogi techniczne Zamawiającego, czemu Odwołujący nawet nie zaprzeczył. W tych okolicznościach należało uznać, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w tym zakresie, a tym samym nie wykazał, że żądanie przez Zamawiającego przedłożenia bezterminowego świadectwa typu urządzenia, przy uwzględnieniu wymogów technicznych, wskazuje, że zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca.

Reasumując, stwierdzić należy, że zmiany oferty produktowej wymaga nie tylko rozwój technologii, ale również, często korelujące z tym rozwojem, wymagania kupujących (zamawiających). W okolicznościach niniejszej sprawy wymagania Zamawiającego nie były sformułowane w taki sposób, że Odwołujący nie byłby im w stanie sprostać i to zarówno w aspekcie technicznym, jak i formalnym. Co więcej, Odwołujący powziął wiedzę, jakie są oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie na tyle wcześniej (niemalże rok przed ogłoszeniem o niniejszym zamówieniu), że mógł podjąć starania zmierzające do dostosowania posiadanego urządzenia do wymogów Zamawiającego i uzyskania bezterminowego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji urządzenia typu. Odwołujący działań tych nie podjął, pozbawiając się w ten sposób możliwości zaoferowania urządzenia własnej produkcji. Jednakże zaniechania Odwołującego w tym zakresie w żadnym razie nie świadczą o naruszeniu uczciwej konkurencji przez sporządzeniu przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że Odwołujący sprzeciwia się, jak to określił, „*gonieniu*

wymagań Zamawiającego” również nie stanowi o naruszeniu nieuczciwej konkurencji a raczej o woli uzyskania możliwości zaoferowania urządzeń produkowanych przez Odwołującego niezależnie od potrzeb Zamawiającego.

Za niezrozumiały należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Hipotezą normy prawnej, zawartej we wskazanym przepisie, są objęte okoliczności, które nie występują w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia nie posłużył się bowiem znakami towarowymi ani nazwami własnymi. Tym samym stwierdzenie naruszenia wskazanego przepisu nie było możliwe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: