

Sygn. akt: KIO 2200/14
KIO 2208/14
KIO 2212/14

WYROK
z dnia 12 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Marek Szafraniec
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 6 listopada 2014 r. odwołań, skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2014 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 października 2014 r. przez wykonawcę: **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02 - 486 Warszawa (sygn. akt: KIO 2200/14),**
- B. w dniu 23 października 2014 r. przez wykonawcę: **Servit Sp. z o.o., ul. Dywizjonu 303 129B, 01-470 Warszawa (sygn. akt: KIO 2208/14),**
- C. w dniu 23 października 2014 r. przez wykonawcę: **T- Systems Polska Sp. z o.o., ul. Świętego Antoniego nr 7, 50 – 073 Wrocław (sygn. akt KIO 2212/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **TRIAS AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14 oraz KIO 2212/14 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy: **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2208/14 po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy: **GMT Sp. z o.o., ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2208/14 po stronie odwołującego,

- D. wykonawcy: **T-Systems Polska Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2208/14 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez:
 - a) usunięcie postanowienia w aktualnym brzmieniu zawartego w pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I (pkt V1.3. 4 ogłoszenia o zamówieniu) oraz Załącznika nr 9 do IDW,
 - b) opisanie kryteriów oceny równoważności w odniesieniu do postanowień zawartych w pkt 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ, tom III SIWZ,
 - c) udostępnienie w ramach SIWZ informacji dotyczących uwarunkowań technicznych istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, dostępnych w poszczególnych lokalizacjach obiektów kolejowych, objętych przedmiotem zamówienia,
 - d) doprecyzowanie treści §18 ust. 4 lit. c wzoru umowy, poprzez określenie sytuacji, w której postanowienie to ma zastosowanie,
 - e) przedłużenie terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, w tym z uwzględnieniem dodatkowego czasu na wprowadzenie w ofertach zmian, wynikających ze zmiany treści SIWZ, o czas nie krótszy niż 14 dni,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:
 - A** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02 - 486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - B** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Servit Sp. z o.o., ul. Dywizjonu 303 129B, 01-470 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - C** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **T-Systems Polska Sp. z o.o., ul. Świętego Antoniego nr 7, 50-073 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **52 200 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt dwa tysiące dwieście złotych zero groszy), w tym:
- A** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **IT.expert Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 176, 02 - 486 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2200/14) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Servit Sp. z o.o., ul. Dywizjonu 303 129B, 01-470 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2208/14) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - C** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **T-Systems Polska Sp. z o.o., ul. Świętego Antoniego nr 7, 50-073 Wrocław** (sygn. akt: KIO 2212/14) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2200/14

KIO 2208/14

KIO 2212/14

U z a s a d n i e

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zaprojektowanie, dostawa i montaż urządzeń SDIP i CTV (Kontrakt 1, 2, 3, i 4) w ramach Projektu: „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POLiŚ 7.1-106". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr. 2014/S 196-347242. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13 października 2014 r. Zamówienie zostało podzielone na 4 zamówienia częściowe.

KIO 2200/14

Wykonawca IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec zamieszczenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a także wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w szczególności wskazujący na rozwiązanie stosowane wyłącznie przez jednego producenta, preferowanego przez Zamawiającego. Dotyczy to postanowień SIWZ opisujących oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi wymagań określonych przez Zamawiającego opisujących parametry techniczne przedmiotu zamówienia, tj.

1. pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I oraz pkt V1.3. 4 Ogłoszenia o zamówieniu, o treści: „Zamawiający informuje, że Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć: „oświadczenie o posiadaniu niezbędnych dokumentów, dla składników interoperacyjności oraz dla nieujętych we właściwej TSI urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które wykonawca zamierza zainstalować/zabudować w ramach niniejszego zamówienia, umożliwiających uzyskanie dla podsystemu strukturalnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zgodnie z art. 23 ust. 1, art. 25e ust 1 oraz art. 25cc ustawy o Transporcie kolejowym"

2. Załącznika nr 9 do IDW — Wzór, zawierającego wzór oświadczenia o tym, że:

- 1) „wszystkie składniki interoperacyjności określone we właściwej TSI, a także wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 25ta Ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 poz, 94 z późn. zm.), które zamierzamy zainstalować realizując niniejsze Zamówienie, posiadają niezbędne

dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego,"

- 2) „wszystkie urządzenia/budowie przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego [wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 23 ust. 7 ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 poz. 94 z późn. zm.)], które zamierzamy zainstalować realizując niniejsze Zamówienie, posiadają niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego (w przypadku urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, posiadających Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas określony, urządzenia/budowle te są w trakcie prób eksploatacyjnych, a termin ich zakończenia planowany jest przez końcem realizacji niniejszego Zamówienia),"
- 3) „ww. dokumenty pozwalają na zabudowę składników interoperacyjności oraz urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego w lokalizacji objętej Zamówieniem"

3. pkt 4.5.1. Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”), tom III:

„Architektura rozwiązania musi być całościowo kompatybilna i musi zapewniać pełną interoperacyjność w całej sieci WAN i LAN tworzonej na potrzeby niniejszego projektu oraz musi współpracować z aktualnym rozwiązaniem wykorzystującym technologie DMVPN oraz dynamiczny protokół routingu EIGRP bazującym na routerach Cisco znajdującym się w głównych centrach przetwarzania danych PKP PLK S.A.”

4. pkt 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ, tom III:

„W przypadku dostarczenia w niniejszym projekcie urządzeń sieciowych (przełączników brzegowych - routerów) równoważnych Zamawiający wymaga: (...)

- b) Przetestowania ich w środowisku laboratoryjnym, środowisko laboratoryjne powinno w jak najlepszym stopniu odwzorowywać środowisko produkcyjne Zamawiającego. Sprzęt do testów dostarcza Wykonawca."
- c) W ramach środowiska laboratoryjnego Zamawiający wymaga przeprowadzenia testów akceptacyjnych obejmujących:
 - a. weryfikację kompatybilności pomiędzy urządzeniami, które posiada Zamawiający, a nowo dostarczonymi w zakresie protokołów routingu, chmury DMVPN, wykorzystania certyfikatów PKI dla potrzeb tuneli IPSec;
 - b. wydajnościowych;
 - c. migracji protokołu routingu EIGRP do innego protokołu dynamicznego;...."

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie wskazanych powyżej w pkt 1 i 2 oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi wymagań, które

nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, ponieważ są one konieczne dopiero na etapie realizacji umowy;

- art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie określenia w miejscach wskazanych powyżej w pkt 1 i 2 elementów podsystemów, elementów składników interoperacyjności, urządzeń, budowli (w szczególności: urządzeń, systemów, oprogramowania), co do których wykonawcy składający ofertę powinni posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwoleń na dopuszczenie ich do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;

ewentualnie:

- art. 138c. 1 pkt 2 Pzp, poprzez żądanie przedstawienia wskazanych powyżej w pkt 1 i 2 także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które nie są niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków, ponieważ są one dopiero konieczne na etapie realizacji umowy;

- art. 138c. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego w miejscach wskazanych powyżej w pkt 1 i 2 elementów podsystemów, elementów składników interoperacyjności, urządzeń, budowli (w szczególności: urządzeń, systemów, oprogramowania), co do których wykonawcy składający ofertę powinni posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

- art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w miejscu wskazanym powyżej w pkt 3 w sposób wskazujący na rozwiązanie informatyczne konkretnego producenta sprzętu (jedynego na rynku, który posiada takie rozwiązanie), a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom posiadającym w ofercie sprzęt innych producentów i utrudniający uczciwą konkurencję;

- art. 30 ust. 4 w związku z art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez dopuszczenie w miejscu wskazanym powyżej w pkt 4 zaferowania przez wykonawców sprzętu równoważnego (tj. przełączników brzegowych - routerów) bez precyzyjnego określenia kryteriów, według jakich ma być oceniana równoważność w przypadku ich testowania, a konsekwencji uniemożliwienie wykonawcom złożenia oferty na sprzęt o parametrach równoważnych.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści SIWZ, poprzez:

a/ zmianę postanowień w pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I oraz pkt VI.3. 4 ogłoszenia o zamówieniu, a także w Załączniku nr 9 do IDW - Wzór i nadania im treści wskazanej

w uzasadnieniu odwołania;

b/ określenia elementów podsystemów, elementów składników interoperacyjności, urządzeń, budowli (w szczególności: urządzeń, systemów, oprogramowania), co do których wykonawcy składający ofertę powinni posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie dla podsystemu strukturalnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;

2. dokonanie opisu parametrów przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji, tj. w szczególności:

a/ usunięcie z pkt 4.5.1. OPZ, tom III zapisu dotyczącego współpracy architektury rozwiązania z aktualnym rozwiązaniem wykorzystującym technologie DMVPN oraz dynamiczny protokół routingu EIGRP, bazującym na routerach Cisco, a także usunięcie zapisu zawartego w pkt 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ, tom III;

b/ ewentualnie określenia w 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ, tom III, kryteriów, według jakich ma być oceniana równoważność ww. rozwiązania w przypadku ich testowania,

3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na rozwiązanie informatyczne konkretnego producenta bez faktycznej możliwości złożenia oferty na sprzęt o parametrach równoważnych, zamieszczenie w SIWZ wymogu dot. złożenia oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania powoduje nieuzasadnione ograniczenie liczby wykonawców mogących złożyć ofertę zgodną z SIWZ, w tym uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i zawarcie umowy na wykonanie zamówienia.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Ad 1) i ad 2)

Zamawiający w SIWZ w pkt 15.1 pkt d wymaga złożenia w ofercie oświadczenia sporządzonego, zgodnie z wzorem zawartym w Załączniku nr 9 do IDW.

Zamawiający w dokumencie Opis przedmiotu zamówienia przedstawił podstawowe wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia. W załącznikach do OPZ Zamawiający określił dalsze wymagania, w tym, m. in., dotyczące:

i wyświetlaczy - Załącznik nr 4 do OPZ – Wytyczne w sprawie wyświetlaczy dynamicznej informacji pasażerskiej wraz z załącznikami 1-8;

ii systemu głosowej komunikacji na stacjach i przystankach osobowych - Załącznik nr 5 do OPZ - Protokół komunikacji systemu CSDIP z dekodernami audio;

iii systemu czujników wykrywania pociągu, które w ramach systemu SDIP zostaną zastosowane przy krawędziach peronowych na stacjach i przystankach osobowych, do detekcji wjazdu, wyjazdu i zatrzymania pociągu na monitorowanym torze - Załącznik nr 6 do OPZ Interfejs systemu SDIP do komunikacji z czujnikami wykrywania pociągu;

iv itd.

Zamawiający opisał bardzo szczegółowo wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym wygląd, rozmiar i wymagania techniczne wyświetlaczy i infokiosków, a także protokół komunikacyjny z przygotowanym przez Zamawiającego systemem prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej. Zamawiający oczekuje, by wykonawca zaoferował urządzenia, systemy, które nie są standardowo produkowane na rynku lub wymagają istotnych modyfikacji, ponieważ zostały przez Zamawiającego swoiście określone w SIWZ.

Wyłącznie Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. (ewentualnie inne spółki z grupy PKP) posiadają w ofercie odpowiednie urządzenia, systemy, które odpowiadają przedmiotowi zamówienia, z uwagi na wcześniej realizowane przez tę spółkę zamówienia na rzecz Zamawiającego. Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. są spółką zależną od "PKP INFORMATYKA" Sp. z o.o., która z kolei jest spółką zależną od Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przyjął jako standard do opisu przedmiotu zamówienia - urządzenia, systemy wykonywane wcześniej przez Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. (lub inne spółki z grupy PKP). Wyłącznie Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. (lub inne spółki z grupy PKP) posiadają odpowiednie dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji odpowiednich urządzeń, systemów. Na ww. liście urzędowej zarejestrowanych wyrobów, oprócz Kolejowych Zakładów Łączności sp. z o.o. oraz Telekomunikacji Kolejowej w odniesieniu do systemu informacji podróży nie ma zarejestrowanych innych przedsiębiorstw.

Każdy inny producent, w tym Odwołujący, aby spełnić wymogi określone przez Zamawiającego, musiałby wcześniej je zaprojektować, wyprodukować prototypy, a dopiero później wszcząć proces uzyskiwania odpowiednich dokumentów, które są niezbędne celem uzyskania zezwolenia Prezesa UTK. Odwołujący powołał przepis art. 25e1 ustawy o transporcie kolejowym, wskazujący, że aby ubiegać się o zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji przez Prezesa UTK, trzeba wcześniej, m. in.: Spełniać zasadnicze wymagania dotyczące interoperacyjności systemu kolei oraz art. 25ca 1 ww. ustawy, stanowiący, że podczas dokonywania oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności systemu kolei, podsystemy i składniki interoperacyjności poddaje się:

- 1) certyfikacji - przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą;
- 2) badaniom - przez notyfikowane laboratorium;
- 3) sprawdzeniu zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności systemu kolei - przez notyfikowaną jednostkę kontrolującą.

Z powyższego wynika, że aby ubiegać się o zezwolenie Prezesa UTK trzeba wcześniej przejść proces: certyfikacji, badań, sprawdzenia zgodności, o którym mowa wyżej. Zgodnie z art. 25cc. 1 ww. ustawy, „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.

Z powyższego wynika, że aby ubiegać się o zezwolenie Prezesa UTK trzeba wcześniej posiadać deklaracje WE zgodności lub przydatności.

Zgodnie z art. 25e ust. 2 i 3 ww. ustawy, aby móc złożyć wniosek o wydanie przez Prezesa UTK zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego - trzeba posiadać:

- 1) deklaracje weryfikacji WE podsystemu;
- 2) certyfikat weryfikacji WE podsystemu;
- 3) dokumentację przebiegu weryfikacji WE podsystemu;
- 4) kopie dokumentów potwierdzających dopuszczenie do eksploatacji urządzeń lub budowli ujętych w wykazie, o którym mowa w art. 22 f ust 14 pkt 2. wchodzących w skład podsystemu

Zgodnie z art. 22f ustawy, ust. 1. „Warunkiem dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i typów urządzeń mających wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust 14 pkt 2, jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu dla pierwszego ich egzemplarza”

W ramach niniejszego postępowania będzie dostarczana infrastruktura łączności przewodowej i zapowiadawczej, w związku z czym, aby móc złożyć ofertę, wykonawca musiałby posiadać wszystkie ww. dokumenty już na etapie składania oferty. Infokioski i tablice wymagane przez Zamawiającego w SIWZ to są urządzenia do przekazywania informacji wizualnych pasażerom, w związku z czym, aby złożyć ofertę wykonawca musiałby posiadać wszystkie ww. dokumenty już na etapie składania oferty.

Przygotowanie odpowiednich urządzeń i ich certyfikacja nie jest możliwa w terminie krótszym niż około 5 miesięcy, z uwagi na wymogi określone w ustawie o transporcie kolejowym. Z rozmowy przeprowadzonej przez Odwołującego z pracownikami Instytutu Kolejnictwa, Urzędu Transportu Kolejowego wynika, że długość procesu uzyskiwania odpowiednich zaświadczeń zależy od konkretnego przypadku. Poszczególne czynności mogą trwać od ok. 2 tygodni do kilku miesięcy.

Wymagania zawarte w SIWZ, OPZ, w tym wymóg posiadania na dzień składania ofert

niezbędnych dokumentów w odpowiednim zakresie umożliwiających uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji oraz wymagania zawarte w ustawie o transporcie kolejowym, aktach wykonawczych do niej powodują, że uzyskanie odpowiednich dokumentów na dzień składania ofert (17 listopada 2014 r.) jest niemożliwe, a analiza wzoru umowy, treści SIWZ, wskazuje, że te dokumenty nie są niezbędne na etapie składania oferty.

Zamawiający, formułując warunki postępowania, wyklucza wszystkich innych wykonawców, niż Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o., i ewentualnie, inne spółki z grupy PKP, które posiadają odpowiednie urządzenia, systemy, dokumenty, z uwagi na wcześniejsze doświadczenia, a także producentów, którzy dotychczas zaopatrywali PKP PLK i grupę PKP w system megafonowej sieci rozgłoszeniowej i czujniki ruchu pociągów, jednocześnie nie dając możliwości przygotowania i certyfikowania urządzeń innym firmom. Odwołujący wskazał na informacje prasowe - artykuł z 15 maja 2013 r.

Ponadto Odwołujący wskazał, że art. 23 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym został uchylony w dniu 31 marca 2014 r. na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym (Dz. U. z dnia 30 września 2013 r.), a art. 23 ust. 7 został uchylony w dniu 31 marca 2014 r. przez art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym (Dz. U. z dnia 30 września 2013 r.), a tym samym uchylono również akty wykonawcze wydane na podstawie art. 23 ust. 8 ww. ustawy, w związku z czym dodatkowo odwołanie również zasługuje na uwzględnienie.

Możliwe jest uzyskanie przez wykonawcę odpowiednich dokumentów, jednak nie powinno się ograniczać możliwości wykonawcy żadną konkretną datą inną niż wynikającą z umowy w sprawie zamówienia. Dlatego odwołujący w swoich żądaniach chce uzyskać takie brzmienie SIWZ, które umożliwi mu złożenie oferty, uzyskanie wszystkich dokumentów, w terminach pozwalających mu na realizację umowy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany pkt 15.1 pkt d, poprzez nadanie mu treści: „oświadczenie o tym, że Wykonawca jest lub będzie w posiadaniu niezbędnych dokumentów w terminie umożliwiającym realizację umowy w sprawie realizacji zamówienia; dla składników interoperacyjności oraz dla nieujętych we właściwej TSI urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które wykonawca zamierza zainstalować/zabudować w ramach niniejszego zamówienia, umożliwiających uzyskanie dla podsystemu strukturalnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zgodnie z art 25e ust 1 oraz art. 25cc ustawy o Transporcie kolejowym" - sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 9 do IDW
- 2) zmianę treści Załącznika nr 9 do IDW w zakresie: „wszystkie składniki interoperacyjności ... ,” i nadanie mu następującej treści:

„wszystkie składniki interoperacyjności określone we właściwej TSI. a także wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 25ta Ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 ooz. 94 z oózn. zm.). które zamierzamy zainstalować realizując niniejsze Zamówienie, posiadają niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego lub będą posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego w terminach umożliwiającym realizację umowy w sprawie realizacji zamówienia”.

3) zmianę treści Załącznika nr 9 do IDW w zakresie: „wszystkie urządzenia/budowle przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego [wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 23, ust 7 Ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 poz. 94 z późn. zm.)], które zamierzamy zainstalować realizując niniejsze Zamówienie, posiadają niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego (w przypadku urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, posiadających Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas określony, urządzenia/budowle te są w trakcie prób eksploatacyjnych, a termin ich zakończenia planowany jest przez końcem realizacji niniejszego Zamówienia),” i nadania mu następującej treści:

„wszystkie urządzenia/budowle przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego, wymienione w przepisach wydanych na podstawie Ustawy z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 poz. 94 z późn. zm.)], które zamierzamy zainstalować realizując niniejsze Zamówienie, posiadają niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego (w przypadku urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, posiadających Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane na czas określony, urządzenia/budowle te są w trakcie prób eksploatacyjnych, a termin ich zakończenia planowany jest przez końcem realizacji niniejszego Zamówienia) lub będą posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla podsystemu strukturalnego w terminach umożliwiających realizację umowy w sprawie realizacji zamówienia, o ile Ustawa o transporcie kolejowym tego wymaga”

4) zmianę treści Załącznika nr 9 do IDW w zakresie: „ww. dokumenty pozwalają na zabudowę składników interoperacyjności oraz urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego w lokalizacji objętej Zamówieniem” i nadania mu następującej treści:

„ww. dokumenty pozwalają lub będą pozwalać w terminach umożliwiających realizację umowy w sprawie realizacji zamówienia, na zabudowę składników interoperacyjności oraz urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego w lokalizacji objętej

Zamówieniem."

Odwołujący podniósł w związku z powyższym naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 25 ust. 1 lub art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wymaganie złożenia oświadczenia o posiadaniu niezbędnych dokumentów, nie precyzując jednocześnie jakich elementów, składników podsystemów, elementów składników interoperacyjności, urządzeń, budowli (w szczególności: urządzeń, systemów, oprogramowania) dotyczą te oświadczenia. Zaskarżone części SIWZ nie precyzują w ogóle, względem jakich podsystemów (urządzeń, systemów, budowli) wymagana jest odpowiednia dokumentacja. Powyższe naraża wykonawcę na złożenie oferty i oświadczenie nieprawdy, w sytuacji, gdy pominięciem objęciem certyfikacjami jakiegoś elementu, który należy dostarczyć.

Poprzez zaniechanie tego obowiązku, Zamawiający dyskryminuje podmioty spoza grupy kapitałowej PKP i preferuje jednoznacznie swoich poprzednich wykonawców ze swojej grupy kapitałowej.

Ad 3)

Pkt 4.5 OPZ (tom III) zawiera opis ogólnej koncepcji sieci transmisji danych. W pkt 4.5.1. OPZ Zamawiający umieścił wymóg utrudniający uczciwą konkurencję, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. Protokół DMVPN implementowany jest w praktyce tylko w oprogramowaniu Cisco IOS, stąd ww. wymaganie ogranicza możliwość zaproponowania rozwiązania konkurencyjnego i dopuszcza dostarczenie wyłącznie routerów firmy Cisco. Ogranicza to konkurencję i w sposób nieuzasadniony wyklucza możliwość udziału w postępowaniu technologii innych producentów, które są dostępne na rynku i zapewniają równoważne funkcjonalności do DMVPN.

Podobnie protokół EIGRP i jego pełna funkcjonalność dostępna jest wyłącznie na routerach firmy Cisco, gdyż jest to protokół praktycznie zastrzeżony przez Cisco, więc nie jest implementowany przez innych producentów. W związku z tym brak jest możliwości zaoferowania rozwiązania konkurencyjnego, co uniemożliwia udział w postępowaniu innym producentom niż Cisco, dostarczającym protokoły routingu o nie mniejszej funkcjonalności od EIGRP.

Ad 4)

W pkt 4.6 OPZ Zamawiający opisał sieć WAN, a w podpunkcie 4.6.2 Technologię sieciową i jej dobór. Kwestionowany w odwołaniu pkt 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ wskazuje na możliwość dostarczenia równoważnych przełączników brzegowych - routerów, co do których mają być przeprowadzone testy akceptacyjne. Podane wymagania nie definiują jednak jasnych kryteriów równoważności i umożliwiają dowolną ich interpretację. Brak zdefiniowanych, jednoznacznych miar dla powyższych wymagań uniemożliwia niekwestionowane ich spełnienie. Pozwala Zamawiającemu na dowolną ocenę testowanej topologii oraz wyników testów.

Wymagania dla samych testów wydajnościowych również nie są jednoznacznie wyspecyfikowane, stąd Zamawiający może nie zaakceptować każdego wyniku ich przeprowadzenia. Wykonawcy nie mają więc faktycznie możliwości złożenia ofert na urządzenia o parametrach równoważnych.

Jednocześnie połączenie przez Zamawiającego wymogów opisanych w pkt 2) i 3) odwołania wskazuje, że Zamawiający preferuje konkretnego jedyne go na rynku producenta, tj. firmę Cisco, bowiem jedynie rozwiązania tego producenta spełniają wszystkie oczekiwane parametry techniczne SIWZ.

W dniu 27 października 2014 r. wykonawca TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

KIO 2208/14

Odwołujący: Servit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec umieszczenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia następujących postanowień:

1. w § 2 wzoru Umowy „Okres realizacji umowy” - dat poszczególnych kamieni milowych, końcowej daty realizacji umowy, ilości dni przewidzianych na realizację dwóch pierwszych kamieni milowych;
2. w Tomie III Opisu Przedmiotu Zamówienia w pkt 7 Procedura odbioru - w zakresie postanowień dających Zamawiającemu bardzo długie terminy na realizację czynności na wszystkich etapach i rodzajach odbiorów;
3. w § 21 ust. 1,2, 912 wzoru umowy - wymagania w zakresie udzielenia 60 miesięcznej rękojmi;
4. w § 21 ust. 12 wzoru umowy - prawo Zamawiającego do żądania naprawienia szkody na zasadach ogólnych - bez ograniczenia wysokości i bez wyłączenia odpowiedzialności za utracone korzyści.
5. w § 24 ust. 1) lit. a), c), d) wzoru umowy - prawo odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadkach niezawinionych i często niezależnych od wykonawcy;
4. zaniechania przesunięcia terminu składania ofert - pomimo, że dopiero z treści SIWZ wykonawcy dowiedzieli się o zupełnie nowych, odmiennych niż wypracowane w trakcie wielomiesięcznego dialogu technicznego, wymaganiach w zakresie urządzeń, których dostawa i instalacja ma być przedmiotem zamówienia, treść SIWZ w części dotyczącej dokonanej inwentaryzacji stanu obecnego jest sprzeczna z załącznikiem RCO, a zatem wymaga dodatkowej i czasochłonnej weryfikacji tych informacji przez wykonawcę, jak

i Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 387 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ wskazanych powyżej postanowień zobowiązujących wykonawcę do realizacji świadczenia niemożliwego ze względu na czas jaki został przewidziany przez Zamawiającego na realizację poszczególnych elementów każdego zamówienia częściowego (kamieni milowych), jak i całych zamówień częściowych;
- art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron - w szczególności w zakresie nałożonych na wykonawcę zobowiązań z tytułu rękojmi, pełnego odszkodowania za szkodę oraz dużego ryzyka związanego z prawem zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia niezawinionych przez wykonawcę okoliczności w postaci: opóźnienia przekraczającego 30 dni, naliczenia kar w wysokości 30 % wartości szacunkowego wynagrodzenia lub braku środków na realizację zamówienia, które to sytuacje, wobec zakładanych w umowie niemożliwych do zachowania terminów oraz faktu finansowania zamówienia w przeważającej części ze środków unijnych, są wysoce prawdopodobne;
- art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, które uniemożliwia wykonawcy pełne zidentyfikowanie zakresu i okresu trwania jego zobowiązań oraz pełnej oceny ryzyka,
- art. 43 Pzp, poprzez wyznaczenie terminu na składanie ofert, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, poprzez wykreślenie postanowień naruszających przepisy Pzp bądź ich zmianę.

Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany uzyskaniem realizacji wszystkich 4 części zamówienia. Zbyt krótki czas na złożenie ofert może uniemożliwić przygotowanie rzetelnej oferty uwzględniającej wszelkie zobowiązania i uzyskanie zamówienia. Ponadto, w wyniku ww. naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił termin składania ofert oraz termin realizacji zamówienia i terminy zakończenia poszczególnych etapów w sposób, który przesądza o niemożliwości złożenia rzetelnej i ważnej oferty oraz zrealizowanie zamówienia. Umowa dotycząca takiego zamówienia byłaby umową o świadczenie niemożliwe, a więc umową z mocy prawa nieważną. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczności dotyczące rozmiaru oraz stopnia skomplikowania zamówienia:

- opis przedmiotu zamówienia liczy 179 stron oraz kilkaset stron załączników,
- składając oferty na wszystkie 4 części, wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia 22 tysięcy wierszy załącznika Rozbicie cenowe oferty (RCO),
- lektura pozycji zawartych w RCO i zestawienie ich z informacjami z załącznika 1a do OPZ - ujawnia rozbieżności w zakresie ilości urządzeń istniejących i planowanych wymagające ponownej weryfikacji, a więc dodatkowego czasu i nakładu pracy zarówno po stronie Zamawiającego, jak i wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że przed ogłoszeniem postępowania zamawiający prowadził wielomiesięczny dialog techniczny, w którym uczestniczył partner biznesowy Odwołującego. Podczas dialogu zamawiający przedstawiał odmienne niż w SIWZ założenia oraz wymagania co do parametrów technicznych urządzeń, które mają być instalowane w ramach projektu.

W ramach każdego z zamówień częściowych realizowane będą prace w kilkuset lokalizacjach. Zainstalowanych ma zostać kilka tysięcy urządzeń wraz z oprogramowaniem. Prace budowlane oraz montażowo-wdrożeniowe poprzedzone muszą być w szeregu lokalizacji uzyskaniem decyzji środowiskowych, pozwoleń na budowę oraz zgód konserwatorów zabytków.

Pomimo wyżej wskazanych okoliczności zamawiający, publikując SIWZ 6 dni po publikacji ogłoszenia, zaniechał przedłużenia terminu składania ofert. Termin ten wyznaczony jest na 17 listopada 2014 r., który nie odpowiada wymogom art. 43 Pzp albowiem nie uwzględnia czasu, który jest niezbędny do przygotowania oferty. Pozostałe terminy przyjęte w postępowaniu oraz dla realizacji zamówienia są niemożliwe do dotrzymania i powodują obiektywną niemożliwość realizacji zamówienia w sposób założony przez zamawiającego. Wskazany powyżej stopień skomplikowania postępowania oraz nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia powodują, że należy się spodziewać szeregu pytań wykonawców dotyczących treści SIWZ, jak również odwołań wobec treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, prawdopodobny termin zawarcia umowy na realizację zamówienia to przełom/koniec lutego 2015 r. Natomiast zamawiający wymaga ukończenia realizacji zamówienia do dnia 30.11.2015 r. Dziewięciomiesięczny termin na realizację tego typu projektu jest ze względów obiektywnych - techniczno-organizacyjnych oraz z uwagi na terminy w postępowaniach administracyjnych – nierealny.

Odwołujący ocenił, iż przyczyną wskazanego określenia terminu realizacji zamówienia jest fakt, iż projekt jest w przeważającej części finansowany ze środków unijnych, a termin rozliczenia tych środków przypada na grudzień 2015. Zamawiający albo zbyt późno podjął kroki związane z przygotowaniem, ogłoszeniem i przeprowadzeniem tego postępowania albo we wniosku o dofinansowanie określił zbyt szeroko przedmiot projektu. Żadna z tych przyczyn nie może jednak wpływać na ocenę faktycznej możliwości (a raczej

niemożliwości) spełnienia świadczenia objętego umową. Nie może też powodować przerzucenia na wykonawcę wszelkich ryzyk finansowych, związanych z rozliczeniem środków pochodzących z dofinansowania.

Zarzuty dotyczące rażącej nierównowagi stron umowy oraz niejednoznaczności przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na specyfikę zamówień publicznych dopuszczalne są pewne odstępstwa na rzecz Zamawiającego od zasady równowagi stron. Nie można jednak zaakceptować przerzucenia wszelkich ryzyk (w szczególności finansowych) na wykonawcę i to za okoliczności niezależne od niego. Zasada równowagi oraz pewności prawnej zobowiązują do tego, by obie strony miały wiedzę na temat całej treści stosunku prawnego (w tym okresu jego trwania) oraz były w stanie oszacować konsekwencje prawne i finansowe, które powstaną w wyniku realizacji umowy. Dopuszczenie w praktyce nieograniczonej możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (§ 24 ust. 1 lit. a), c), d) oraz możliwość żądania oprócz kar umownych także odszkodowania uzupełniającego (zarówno w zakresie straty, jak i utraconych korzyści) stoją w sprzeczności z tymi zasadami. Nadmiernym i nieuzasadnionym ze względu na ochronę interesów Zamawiającego ciężarem jest nałożenie zobowiązań z tytułu 60 miesięcznej rękojmi, w sytuacji gdy przewidziany jest obowiązek świadczenia 60 miesięcznej gwarancji („usługi wsparcia”) w ściśle określonym reżimie czasowym, którego niedochowanie obwarowane jest karą umownymi.

W zakresie terminu składania ofert Odwołujący wniósł o określenie go na datę 15.12.2015 r. W odniesieniu do § 2 Wzoru umowy Odwołujący zaproponował brzmienie:

„§2 Okres realizacji Umowy

- 1) Wykonawca wykona Zamówienie w terminie 675 dni od daty podpisania umowy (Termin wykonania Zamówienia).
- 2) Wykonawca będzie realizował Umowę w oparciu o Harmonogram rzeczowo-finansowy, zgodnie z którym:
 - 1) w terminie nie dłuższym niż 150 dni od podpisania Umowy zostanie wykonana i odebrana Dokumentacja Projektowa dla minimum 70% Obiektów - I kamień milowy,
 - 2) w terminie kolejnych 75 dni (to jest w terminie 225 dni od podpisania Umowy) zostanie wykonana i odebrana Dokumentacja Projektowa dla pozostałych Obiektów - II kamień milowy,
 - 3) w terminie kolejnych 330 dni (to jest w terminie 555 dni od podpisania Umowy) zostaną odebrane (co najmniej Odbiór Warunkowy) wszystkie Obiekty o kategorii A, B+ B i B- (wskazane w Załączniku Nr 2 do OPZ - Wykaz stacji i przystanków, kolumna „J”) - III kamień milowy,
 - 4) w terminie kolejnych 60 dni (to jest w terminie 615 dni od podpisania Umowy) (co

najmniej Odbiór Warunkowy) wszystkie Obiekty o kategorii: C-, C, C+, D-, D, D+, E (wskazane w Załączniku Nr 2 do OPZ - Wykaz stacji i przystanków, kolumna „J”) i Centra monitoringu (wskazane w Załącznikach Nr 3a - do 3d do OPZ - Centra monitoringu] - IV kamień milowy,

5) w terminie kolejnych 60 dni (od kamienia milowego III to jest w terminie 615 dni od podpisania Umowy] dokonane zostaną Odbiory Końcowe wszystkich Obiektów o kategoriach A, B+, B i B- (V kamień milowy),

VI. w terminie kolejnych 60 dni (to jest w terminie 675 dni od podpisania Umowy) dokonane zostaną: Odbiory Końcowe pozostałych Obiektów, (nie odebranych w V kamień milowy] oraz Odbiór Ostateczny (VI kamień milowy)

Odwołujący wniósł o wykreślenie z § 21 Wzoru umowy oraz we wszystkich miejscach gdzie występuje sformułowanie „rękojmia” oraz dopisanie w § 21 ust. 13 w brzmieniu: „Strony niniejszym wyłączają w całości stosowanie przepisów dotyczących rękojmi za wady”

Odwołujący wniósł o dopisanie w § 21 ust. 12 Wzoru umowy następujących zdań: „Strony wyłączają odpowiedzialność z tytułu utraconych korzyści. Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy za wszelkie szkody ograniczona jest do wysokości 30% wartości netto oferty”.

Odwołujący wniósł także o wykreślenie § 24 ust. 1 lit. a), c), d) oraz dodatkowo o uwzględnienie w umowie następujących zapisów:

a. „Od momentu przekazania do PKP PLK koncepcji, projektu etc. następuje wstrzymanie biegu terminu kamienia milowego”.

b. „W sytuacjach, kiedy Zamawiający nie wywiązuje się ze swoich innych obowiązków, np. zwiększenie mocy zasilania na wyszczególnionych obiektach następuje wstrzymanie biegu terminu kamienia milowego”.

Do postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2014 r. zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca GMT Sp. z o.o., T-Systems Polska Sp. z o.o., TRIAS AVI Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., Polixel Sp. z o.o. Przystępujący wnieśli o uwzględnienie odwołania, stosownie do zgłoszonych przystąpień.

KIO 2212/14

Odwołujący: T- Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp, mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez wskazania wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ

na sporządzenie oferty;

- art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty;

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie o nakazanie unieważnienia postępowania.

Zbyt krótki termin składania ofert

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie jest największym postępowaniem tego rodzaju w historii Polski i jednym z niewielu o porównywalnej skali w historii Europy. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia może sięgnąć miliarda złotych. Wymagane wadium dla wszystkich czterech części wynosi 20.400.000 zł. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę specjalistycznego sprzętu teleinformatycznego i wykonanie prac montażowych, instalacyjnych i konfiguracyjnych, a także projektowych i robót budowlanych w 823 lokalizacjach (763 dworce kolejowe i 60 stacji monitoringu). Specyfikacja składa się z ponad 800 stron dokumentów, a sam formularz ofertowy, w którym należy wpisać ceny jednostkowe, obejmuje ponad 22 tysiące pozycji, z których każda powinna być odrębnie wyceniona.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 17 listopada 2014 r., przyjmując najkrótszy dopuszczalny 40 - dniowy termin przewidziany przez ustawę Pzp. Termin ten zgodnie z ustawą został wyliczony od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, który opublikował ogłoszenie o zamówieniu dopiero 4 dni później, pozostawiając wykonawcom de facto 36 dni na złożenie oferty. Zgodnie z art. 43 ust. 1 i 2 chodzi o termin nie krótszy niż 40 dni, a nie równy 40 dniom. Wprawdzie nakaz uwzględnienia czasu potrzebnego na przygotowanie oferty przewidziany jest w art. 43 ust. 1 Pzp, jednak redakcja obu tych przepisów oraz wykładnia celowościowa nie pozwalają na przyjęcie założenia, że w odniesieniu do postępowań o wartości przekraczających kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania ofert nie musi być odpowiedni do nakładu prac niezbędnego do przygotowania oferty z należytą starannością.

Wskazane w komentowanym przepisie terminy minimalne są to terminy średnie, niezbędne do przygotowania oferty na zamówienie typowe. Przepis art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym (ust 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające, uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zatem, zarówno na gruncie unijnego, jak i polskiego prawa zamówień publicznych, zasadą jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych.

W ocenie Odwołującego, przedmiot, zakres i wartość zamówienia uzasadniają

wyznaczenie terminu na składanie ofert nie krótszego, niż do dnia 9 stycznia 2015 r. gdyż sama analiza dokumentacji postępowania wymaga co najmniej 20 dni,

Analiza kosztów wykonania prac objętych zamówieniem w jednej lokalizacji wymaga przeprowadzenia wizji lokalnej lub dodatkowej analizy dokumentacji, która nie została udostępniona przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, czas niezbędny na przeprowadzenie wizji lokalnych to 40 dni (przyjęto założenie, że 10 ekip będzie przeprowadzało 2 wizje lokalne dziennie). Czas na analizę i sprawdzenie możliwości budowy pięciu systemów technicznych (SDIP, CCTV, sieć LAN, sieć energetyczna oraz kanalizacja teletechniczna), z uwzględnieniem alokacji elementów systemu powinien wynosić ok. 4 roboczogodzin, nie uwzględniając czasu dojazdu do danej lokalizacji. Czas niezbędny na ewentualną analizę dodatkowej dokumentacji, w razie jej udostępnienia przez Zamawiającego, wynosi co najmniej 25 dni (przyjęto założenie, że analiza uwarunkowań właściwych dla jednej lokalizacji trwa co najmniej 2 godziny, a nad dokumentacją będą pracowały 4 zespoły w jednym czasie.

Analiza rynku dostawców komponentów wymaganych przez Zamawiającego jest niezwykle pracochłonna ze względu na wprowadzenie w SIWZ wymogów technicznych nie będących standardem na rynku kolejowym w Polsce.

Fizyczne wypełnienie formularza ofertowego (ponad 22.000 pozycji) oraz weryfikacja prawidłowości wyliczeń wymaga co najmniej 20 dni przy założeniu, że nad wypełnianiem dokumentacji będzie pracował zespół projektowy.

Wymagania integracyjne postawione w SIWZ w stosunku do wymienionych powyżej instalacji oraz ogłaszany równolegle przetarg na budowę sieci WAN wymagają dodatkowego czasu na analizę oferowanych rozwiązań technicznych ze względu na przyszłe spełnienie warunku Zamawiającego, który jest niezbędny do prawidłowej realizacji kontraktu.

Ponadto, tak krótki termin składania ofert ewidentnie faworyzuje obecnych dostawców Zamawiającego, którzy posiadają wiedzę na temat infrastruktury technicznej Zamawiającego i w związku z tym mogą być w stanie złożyć ofertę we wskazanym terminie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert, co najmniej do dnia 9 stycznia 2015 r.

Brak informacji niezbędnych do kalkulacji ceny oferty

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną. Jak wynika z dokumentacji postępowania (w szczególności z Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wyliczenia elementów rozliczeniowych zawartego w Formularzu Rozbicie Ceny Ofertowej), w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do wykonania dokumentacji projektowej, sieci teletechnicznych i energetycznych oraz dostawy, instalacji i uruchomienia elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej wraz z systemami monitoringu wizyjnego (pkt 1.2. OPZ). W celu prawidłowej kalkulacji oferty wykonawca musi więc nie tylko określić cenę oferowanych urządzeń lecz także uzyskać wiedzę

o wszelkich uwarunkowaniach niezbędnych dla ustalenia:

- zakresu robót budowlanych koniecznych do wykonania sieci teletechnicznych i energetycznych,
- długości niezbędnych kabli oraz instalacji koniecznych do ich doprowadzenia (kanalizacja kablowa),
- lokalizacji punktów przyłączenia instalacji do sieci energetycznej (nie tylko w celu ustalenia długości sieci, lecz także zakresu prac instalacyjnych i budowlanych),
- lokalizacji zakończenia sieci WAN stanowiącej przedmiot odrębnego postępowania, co do której Zamawiający wymaga, aby była w odległości mniejszej niż 25 mb od zakończenia sieci LAN, stanowiącej m.in. przedmiot zamówienia,
- lokalizacji poszczególnych elementów systemu (kamery, czujniki ruchu pociągów, tablice zmiennej treści, głośniki, inne urządzenia teletechniczne).
- bliżej nie znanych obecnie innych uwarunkowań prawnych dotyczących każdej lokalizacji, na przykład ustalenie, w jakim zakresie dany obiekt podlega ochronie konserwatora zabytków i dopełnienie nieznanymi obecnie wymagań z tym związanych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przekazał część informacji o lokalizacjach, w których realizowane będzie zamówienie, jednak są to informacje niekompletne, w szczególności nie zawierają informacji wskazanych powyżej. Przykładowo w odniesieniu do pierwszej lokalizacji wskazanej w Załączniku „Opis stanu istniejącego obiektów kolejowych dla Kontraktu nr 1”, Zamawiający nie wskazał: lokalizacji punktu przyłączenia do sieci energetycznej, czy miejsca zakończenia sieci WAN. Poszczególne lokalizacje są opisane z różnym poziomem szczegółowości, przy czym w odniesieniu do każdej z nich brak jest kompletu informacji niezbędnych do ustalenia niezbędnego nakładu prac. Odwołujący zauważył, że zamówienie obejmuje nie tylko perony, ale również budynki dworcowe, których planów Zamawiający nie dostarczył. Wiele z obiektów objętych jest opieką konserwatora zabytków, a Zamawiający nie podał żadnych szczegółów jakiego typu prace w danych obiektach dopuszcza konserwator zabytków, zrzucając określenie wszelkich uzgodnień na wykonawcę. Ponadto zamawiający nie przewidział sytuacji, gdy z przyczyn obiektywnych (brak zgody konserwatora zabytków) wykonanie zamówienia na części dworców nie będzie możliwe. W skrajnym przypadku może się zdarzyć, że wykonanie odbioru całości zamówienia nie będzie możliwe z powodu nie wykonania 1 lokalizacji objętej ochroną konserwatora zabytków.

Odwołujący podkreślił, że wykonawcy zobowiązani są do wskazania cen jednostkowych dla każdej z pozycji zdefiniowanych w formularzu Rozbicie Ceny Ofertowej. Poszczególne pozycje obejmują dostawę i montaż danego rodzaju urządzenia wraz z instalacją zasilającą, przez którą należy rozumieć wszelkie instalacje teletechniczne i energetyczne. Jak wynika z SIWZ (Tom 11 - Warunki Umowy §15 ust. 1 lit. a), wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy i będzie ustalone w oparciu o ceny przypisane do poszczególnych pozycji Formularza RCO. Wykonawca musi więc posiadać wiedzę o wszelkich uwarunkowaniach, od których zależy nakład pracy niezbędny do wykonania prac, w tym robót budowlanych związanych

z doprowadzeniem Instalacji zasilającej, nie tylko w celu prawidłowego oszacowania ceny oferty, lecz także w celu zapewnienia realnego wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia. Pomyłka przy szacowaniu ceny danej pozycji w Formularzu RCO będzie bowiem miała oczywiste konsekwencje przy wyliczaniu kwoty należnej wykonawcy z tytułu wykonania umowy.

SIWZ nie obejmuje następujących informacji niezbędnych do kalkulacji ceny i sporządzenia oferty:

- długości koniecznego do wykonania okablowania energetycznego dla każdego obiektu,
- długości koniecznego do wykonania okablowania teletechnicznego dla każdego obiektu,
- długości koniecznej do wykonania kanalizacji teletechnicznej dla każdego obiektu,
- planu obiektów (dworców i peronów) obejmującego rozmieszczenie i wymiary pomieszczeń, budynków, budowli, urządzeń i instalacji na każdym obiekcie,
- lokalizacji przyłącza energetycznego dla każdego obiektu,
- lokalizacji zakończenia sieci WAN (urządzenia transmisyjnego operatora telekomunikacyjnego), do której ma być przyłączona sieć LAN na każdym obiekcie,
- informacji o kategorii gruntu w poszczególnych obiektach.

Pozyskanie powyższych informacji jest możliwe na dwa sposoby, z których każdy jest akceptowalny dla Odwołującego:

1. Zamawiający może zapewnić wykonawcom, przed upływem terminu składania ofert, przeprowadzenie wizji lokalnej na poszczególnych obiektach wraz z asystą ze strony Zamawiającego oraz czas niezbędny na pozyskanie aktualnych planów i map z Wydziałów Geodezji i Kartografii PKP S.A.

2. Zamawiający może udostępnić wykonawcom kompletną dokumentację inwentaryzacyjną lokalizacji, obejmującą wskazane wyżej informacje.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że umożliwienie przeprowadzenia wizji lokalnej oraz analiza dokumentacji inwentaryzacyjnej wymaga także odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, poprzez wprowadzenie zapisów umożliwiających przeprowadzenie wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach przewidzianych w ramach zamówienia wraz z asystą Zamawiającego w celu udzielenia wszelkich wyjaśnień oraz umożliwienia wejścia do pomieszczeń lub o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wskazanej powyżej dokumentacji dla tych lokalizacji (dla każdej lokalizacji mapy z naniesionymi instalacjami, plany budynków, inne istotne informacje na temat właścicieli i zarządców infrastruktury znajdującej się na terenach objętych przedmiotem Zamówienia), oraz o przedłużenie terminu składania ofert adekwatnego do nakładu prac związanych z prowadzeniem wizji lub z analiza dokumentacji, nie krótszego, niż do dnia 9 stycznia 2015 r.

Nieprawidłowo określony i niemożliwy do dotrzymania termin wykonania zamówienia

Termin wykonania zamówienia został określony na 15 listopada 2015 r. Oznacza to, że nie wiadomo, ile czasu wykonawcy będą mieli faktycznie na wykonanie zamówienia oraz,

że czas ten z pewnością nie jest wystarczający na wykonanie całego zakresu przewidzianego przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, co następuje.

Wykonanie dokumentacji projektowej dla przeciętnej lokalizacji dla wszystkich sieci teletechnicznych i energetycznych wymaga ok. 10 dni roboczych od dnia pozyskania niezbędnej dokumentacji. Przy założeniu równoległej pracy 20 projektantów wykonanie niezbędnych projektów zajęłoby ok. 400 dni roboczych.

Wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie infrastruktury podziemnej oraz sieci teleinformatycznej i energetycznej dla przeciętnej lokalizacji wymaga ok. 20 dni roboczych. Przy założeniu równoległej pracy 20 ekip wykonanie niezbędnych prac zajęłoby ok. 800 dni.

Dostarczenie i zainstalowanie urządzeń do przeciętnej lokalizacji wymaga od ok. 10 dni roboczych, Prace mogą być wykonywane częściowo w trakcie trwania prac opisanych powyżej więc nie wpływają znacząco na wydłużenie harmonogramu.

Powyżej wskazana pracochłonność stanowi szacunek przybliżony, możliwe jest, że w zależności od uwarunkowań konkretnej lokalizacji, czasy te będą znacząco dłuższe.

W celu wykonania poszczególnych prac konieczne jest uzyskanie dokumentów zewnętrznych, takich, jak mapy, uzgodnienia konserwatora zabytków, uzgodnienia z zarządcami infrastruktury położonej w miejscu inwestycji (istniejąca infrastruktura energetyczna, telekomunikacyjna i inna), ZUD oraz decyzji o pozwoleniu na budowę, jeśli wymagane, co wymaga uwzględnienia terminów na uzyskanie takich uzgodnień i decyzji w terminie realizacji zamówienia. Uzyskanie pozwoleń i uzgodnień przed rozpoczęciem prac może zająć od 3 do 9 miesięcy, co stanowi element całkowicie niezależny od wykonawcy.

Z przedstawionego powyżej obrazu wynika, że samo projektowanie, uzyskiwanie pozwoleń może trwać półtora roku, a wykonanie projektu może zająć ponad 2 lata.

Zamawiający nie uwzględnił w terminie realizacji zamówienia oczywistego faktu, iż dla wykonania części prac konieczne będzie uzyskanie zaleceń konserwatorskich, a ich realizacja będzie w części uzależniona od wydania przez konserwatora zabytków zgody na dany projekt.

W związku z powyższym. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany SIWZ, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia terminem liczonym od dnia zawarcia umowy, a nie konkretną datą,
- zmiany SIWZ, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia nie krótszego niż 48 miesięcy (w tym projektowanie i uzyskiwanie pozwoleń 18 miesięcy) lub alternatywnie 36 miesięcy przy założeniu, iż termin niezbędny na uzyskanie wymaganych pozwoleń, zaleceń i zgód konserwatorskich nie jest wliczany do terminu realizacji zamówienia.

Wymagania sprzeczne z art. 29 ust. 1 Pzp

- 1) [wymaganie długości łącza] Zgodnie z pkt 4.6. OPZ, Wykonawca zaprojektuje i zrealizuje budowę łącza transmisyjnego, pomiędzy wspomnianym routerem

brzegowym Obiekcie a routerem lub innym urządzeniem transmisyjnym sieci operatora telekomunikacyjnego, zapewniającego połączenie VPN „w górę” sieci. Długość przedmiotowego łącza nie powinna przekraczać 25 mb. Fizyczny punkt obustronny sieci powinien zostać określony w trakcie wizji lokalnej na Obiekcie przeprowadzonej przez Wykonawcę i operatora telekomunikacyjnego.

Powyższy zapis wprowadza wymaganie, by długość łącza pomiędzy routerem instalowanym przez wykonawcę w ramach zamówienia, a odpowiednim urządzeniem sieci operatora telekomunikacyjnego, nie przekraczała 25mb. Odwołujący wskazał, że sieć operatora telekomunikacyjnego, o której mowa w tym wymaganiu (sieć WAN Zamawiającego), zostanie dopiero zbudowana po udzieleniu i wykonaniu zamówienia, które jest przedmiotem równoległego prowadzonego postępowania (postępowanie na „zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”, opublikowane w Dz. U. UE. Pod nr 2014/S 193- 341656). W związku z tym nie wiadomo gdzie ma fizycznie stać router brzegowy obiektu - sposób realizacji przedmiotowego zamówienia jest uzależniony od sposobu, w jaki zostanie zrealizowane zamówienie na sieć WAN. Fakt ten równocześnie nie jest w żaden sposób uwzględniony w terminach realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności jeżeli umiejscowienie routerów sieci WAN zostanie sprecyzowane już po etapie projektowania, to zgodnie z omawianym wymaganiem, konieczne będzie przeprojektowanie części lub całości rozwiązania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ, poprzez wykreślenie kwestionowanego w niniejszym punkcie wymagania.

- 2) [Niewystarczające parametry sieci WAN] Zgodnie z ogólnymi wymaganiami zawartymi w pkt V OPZ, dostarczone w ramach przedmiotowego zamówienia rozwiązanie, powinno współpracować z siecią WAN, która zostanie zbudowana w wykonaniu zamówienia wskazanego powyżej. Równocześnie, zgodnie z pkt 7.6.1.2. OPZ, dostarczone rozwiązanie będzie podlegało weryfikacji z punktu widzenia jego integracji z pozostałymi systemami PKP PLK. W ramach przedmiotowego zamówienia mają zostać dostarczone kamery video służące do monitoringu peronów. Obraz z tych kamer powinien być przesłany do centrum monitoringu, z wykorzystaniem łącza sieci WAN. Zgodnie z pkt (4.5 SIWZ, Tabela nr 3, w postępowaniu na Zaprojektowanie, dostawa i montaż urządzeń SD1P i CCTV, przepustowość tych łączy to 1 MB/s dla 105 lokalizacji, 2 Mb/s dla 20 lokalizacji, 4 Mb/s dla 182 lokalizacji, itd.

Odwołujący stwierdził, że dla przesłania obrazu z 1 kamery, przy zachowaniu wymaganej przez Zamawiającego jakości zgodnej z Ustawą o organizacji imprez masowych, konieczne jest zapewnienie łącza o przepustowości nie niższej, niż 4MB/s. Oznacza to, że dla równoczesnego przesłania obrazu z kilku kamer na jednym peronie, konieczne jest zapewnienie łącza o odpowiednio większej przepustowości. W związku z powyższym, jeżeli w przetargu na sieć WAN zostanie wykonana sieć, zgodna z wymaganiami Zamawiającego, nie będzie możliwe

wykonanie przedmiotowego zamówienia w zakresie zapewnienia współpracy i integracji systemu monitoringu z siecią WAN.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, poprzez wyraźne wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia przesyłu danych (obrazu) z kamer monitoringu, wyłącznie w razie zapewnienia przez Zamawiającego łączności o odpowiedniej przepustowości.

Zarzuty do treści Warunków Umowy

W §2 ust. 2 lit. a i lit. b Warunków Umowy przewidziany został obowiązek wykonania, przedstawienia do odbioru i odebrania przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej w terminie odpowiednio 90 oraz 135 dni od podpisania Umowy (kamień milowy I i II), gdzie w §2 ust. 2 lit. c, d, e i f kolejne kamienie milowe (III, IV, V i VI) zostały określone datami bezwzględnie. Niezależnie od faktu, iż wykonanie dokumentacji projektowej we wskazanym wyżej terminie nie jest możliwe, takie określenie terminów uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty z uwagi na fakt, że nie jest znana data zawarcia umowy, a to może spowodować, że termin wykonania kamieni milowych I i II wypadnie zbyt późno, by możliwe było wykonanie kamieni milowych III, IV, V i VI. W skrajnym przypadku może nawet upłynąć po terminie wykonania kamieni milowych III, IV, V i VI.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, poprzez skonstruowanie harmonogramu realizacji Umowy w terminach względnych (określonych w dniach), a nie datami.

Zgodnie z §18 ust. 4 lit. c umowy, Zamawiający zwraca wykonawcy projekt zawierający rozwiązania „których zamawiający nie akceptuje”. Wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego tak arbitralną decyzję Zamawiającego, powoduje de facto niezdefiniowanie przedmiotu zamówienia, bowiem wykonawcy nie wiedzą, w jaki sposób sporządzić projekt, by był on zaakceptowany przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że dokumentacja projektowa jest produktem fundamentalnym z punktu widzenia realizacji przedmiotu Umowy, w związku z czym wszelkie wymagania co do jej zakresu czy formy powinny być wykonawcom znane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ, poprzez wykreślenie § 18 ust. 4 lit. c.

Unieważnienie postępowania

Wskazane w odwołaniu niejasności i braki, które uniemożliwiają prawidłową kalkulację ceny, nie tylko wymagają zmiany terminu składania ofert, lecz przede wszystkim zapewnienia wykonawcom znacznej liczby dodatkowych informacji. Ponadto, wykonawcy, po wnikliwej lekturze blisko 800 stron dokumentacji, niewątpliwie będą zainteresowani w złożeniu pytań w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Dodatkowe informacje, które zostaną przekazane wykonawcom w uzupełnieniu SIWZ, także mogą wymagać wyjaśnień. Termin na zadanie tych pytań upływa jednak już po 14 dniach od dnia opublikowania SIWZ. W postępowaniu o takiej skali i takim skomplikowaniu, termin 14 dni na zadawanie pytań do SIWZ jest wręcz absurdalnie krótki.

W ocenie Odwołującego, jedyne działanie, które może zapobiec takiej sytuacji, to unieważnienie przedmiotowego postępowania, a następnie ponowne jego wszczęcie oraz opublikowanie SIWZ uwzględniającej zastrzeżenia wykonawców i przewidującej termin składania ofert umożliwiającą realną analizę SIWZ oraz zadanie pytań do jej treści. Wyznaczenie terminu składania ofert, który de facto uniemożliwia należyłą analizę SIWZ i skorzystanie przez wykonawców z narzędzia przewidzianego w art. 38 ust. 1 Pzp, jest istotną wadą postępowania, która może mieć wpływ na jego wynik. Ewentualna umowa, która zostałaby zawarta wskutek rozstrzygnięcia postępowania podlegałaby więc unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp, a zatem postępowanie powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Do postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2014 r. zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca TRIAS AVI Sp. z o.o. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie składał pisemnej odpowiedzi na odwołania. Na rozprawie wniósł o oddalenie rozpoznawanych odwołań, jako niezasadnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący się wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniających ich do wniesienia odwołań.

Izba uznała, że przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgłoszone po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14 oraz KIO 2212/14 przez wykonawcę TRIAS AVI Sp. z o.o. oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2208/14 przez wykonawców: Asseco Poland S.A., GMT Sp. z o.o., T-Systems Polska Sp. z o.o. zostały zgłoszone skutecznie, tj. z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone w sprawie o sygn. akt KIO 2208/14 po stronie odwołującego przez wykonawcę Polixel Sp.

z o.o. jest nieskuteczne. Wykonawca nie wykazał, że kopia jego przystąpienia została przekazana Zamawiającemu.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach, które zostały podtrzymane przez odwołujących na rozprawie. Izba nie rozpoznawała zarzutu, dotyczącego niewystarczających parametrów sieci WAN, który został cofnięty w toku rozprawy przez odwołującego: T-Systems Polska Sp. z o.o.

KIO 2200/14

Zarzut dotyczący postanowień pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I oraz pkt V1.3. 4 ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznika nr 9 do IDW

Izba stwierdziła naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie wskazanych w pkt 15.1 ust. d) SIWZ(tom I) i pkt VI.3.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznika nr 9 do IDW oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi wymagań określonych przez zamawiającego, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Wymagane oświadczenia dotyczą dokumentów odnoszących się do sprzętu dostarczanego w ramach przedmiotu zamówienia, który to sprzęt podlega dopuszczeniu do eksploatacji, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz. U. 2007 nr 16 poz. 94 z późn. zm.). Odwołujący wykazał, że aby ubiegać się o zezwolenie Prezesa UTK trzeba wcześniej przejść proces certyfikacji, badań, sprawdzenia zgodności, trzeba posiadać deklaracje WE zgodności lub przydatności. Przygotowanie odpowiednich urządzeń i ich certyfikacja, a w konsekwencji uzyskanie odpowiednich dokumentów jest dosyć długim procesem. Zamawiający opisał w SIWZ szczegółowo wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Strony postępowania zgodnie potwierdziły, że Zamawiający oczekuje, by wykonawca zaoferował urządzenia, systemy, które nie są standardowo produkowane na rynku lub wymagają istotnych modyfikacji, ponieważ zostały przez Zamawiającego swoiście określone w SIWZ. W ramach niniejszego postępowania dostawa obejmuje infrastrukturę łączności przewodowej i zapowiadawczej, w związku z czym, wykonawca musiałby posiadać wszystkie wymagane dokumenty, konieczne do uzyskania zezwolenia na eksploatację, już na etapie składania oferty.

Potwierdzeniem, że dokumenty te nie są niezbędne na etapie oceny ofert jest postanowienie zawarte w pkt 11.11 OPZ, zgodnie z którym, 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 jednostce notyfikowanej taką ocenę zgodności lub przydatności dla tego składnika. Dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości uzyskania odpowiednich dokumentów na etapie wykonania przedmiotu zamówienia przesądza o tym, że de facto nie ma konieczności, aby na etapie składania ofert (przed wykonaniem prac projektowych) wszystkie dokumenty niezbędne do uzyskania dopuszczenia do eksploatacji dla danych składników były w posiadaniu wykonawcy. Zachodzi także możliwość, że w terminie składania ofert procedura certyfikacji danego składnika może być w trakcie, co nie wyklucza możliwości zastosowania tego składnika na etapie realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że dokumenty te nie są niezbędne na etapie składania ofert lecz dopiero na etapie realizacji umowy. Potwierdzeniem, że dokumenty te nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, jest brak możliwości zweryfikowania przez zamawiającego w ramach badania i oceny ofert faktu, że dokumenty znajdują się rzeczywiście w posiadaniu wykonawcy oraz że są to dokumenty zapewniające uzyskanie zezwoleń na eksploatację. Zamawiający nie może wymagać posiadania przez wykonawców na etapie składania ofert dokumentów, które nie podlegają weryfikacji na tym etapie, lecz na etapie realizacji umowy.

Odnośnie postanowień dotyczących złożenia kwestionowanych oświadczeń, Izba zauważa dodatkowo, że Zamawiający w pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I wymaga złożenia w ofercie oświadczenia o „posiadaniu niezbędnych dokumentów” przez wykonawcę, natomiast w Załączniku nr 9 sformułowano wzór oświadczenia o tym, że „składniki interoperacyjności..., które zamierzamy zainstalować ...posiadają niezbędne dokumenty...” Treść powyższych postanowień (które dotyczą tego samego oświadczenia) nie jest spójna. Z jednej strony, zamawiający wymaga oświadczenia o posiadaniu przez wykonawcę dokumentów, a z drugiej, oświadczenia wiedzy, że urządzenia posiadają stosowne dokumenty. Niespójność powyższa skutkuje brakiem możliwości prawidłowej oceny spełnienia tego wymagania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nakazała zamawiającemu usunięcie z treści SIWZ postanowień o brzmieniu zakwestionowanym w odwołaniu zawartych w pkt 15.1 ust. d) SIWZ, tom I oraz w Załączniku nr 9 do IDW. Jednocześnie Izba nie wykluczyła możliwości sformułowania przez Zamawiającego w tym miejscu SIWZ postanowień odnośnie zobowiązania wykonawcy do posiadania wymaganych dokumentów umożliwiających uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji na etapie realizacji umowy, w terminach zapewniających prawidłowe wykonanie zamówienia.

Jednocześnie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1

pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie określenia przez Zamawiającego elementów podsystemów, elementów składników interoperacyjności, urządzeń, budowli (w szczególności: urządzeń, systemów, oprogramowania), co do których wykonawcy powinni posiadać niezbędne dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwoleń na dopuszczenie ich do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

Szczegółowy zakres tych elementów i urządzeń będzie wynikał ze sposobu realizacji zamówienia, według koncepcji i projektu danego wykonawcy. Zamawiający nie może na etapie SIWZ, tj. przed zaprojektowaniem systemu przez wykonawcę, narzucić wykonawcom konkretnych elementów i urządzeń, które mają zostać zainstalowane i będą wymagały uzyskania dopuszczenia do eksploatacji.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, że wyłącznie Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. i inne spółki z grupy PKP posiadają w swojej ofercie urządzenia, systemy, które odpowiadają przedmiotowi zamówienia, z uwagi na wcześniej realizowane przez tę spółkę zamówienia na rzecz Zamawiającego oraz faktu, że wyłącznie Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. (lub inne spółki z grupy PKP) posiadają odpowiednie dokumenty umożliwiające uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji odpowiednich urządzeń, systemów. Izba zauważa, że okoliczność, iż dany wykonawca wcześniej realizował zamówienia, dzięki którym posiada lepszą wiedzę o przedmiocie danego zamówienia niż inni wykonawcy, nie powoduje wprost naruszenia w postępowaniu uczciwej konkurencji. Rynkowa przewaga konkurencyjna jest tu zdobyta przez wykonawcę w dozwolony sposób, zgodnie z regułami wolnego rynku. Korzystanie przez wykonawcę z uzyskanej wiedzy i doświadczenia w danym postępowaniu jest absolutnie dopuszczalne. Z punktu widzenia Zamawiającego okoliczność ta nie może wpływać na sposób traktowania tych wykonawców w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców oraz opisanie przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia w sposób umożliwiający złożenie ofert także innym wykonawcom, posiadającym odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia z należytą starannością. Zarzut nierównego traktowania wykonawców na obecnym etapie nie został przez Odwołującego wykazany.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. wskazującego na rozwiązanie stosowane wyłącznie przez jednego producenta, preferowanego przez Zamawiającego.

Zarzut dotyczy postanowienia zawartego w pkt 4.5.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”), tom III, zgodnie z którym „Architektura rozwiązania musi być całościowo kompatybilna i musi zapewniać pełną interoperacyjność w całej sieci WAN i LAN tworzonej na potrzeby niniejszego projektu oraz musi współpracować z aktualnym rozwiązaniem

wykorzystującym technologii DMVPN oraz dynamiczny protokół routingu EIGRP bazującym na routerach Cisco znajdującym się w głównych centrach przetwarzania danych PKP PLK S.A.”.

Izba stwierdziła, że postanowienie powyższe nie narusza art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na rozwiązanie informatyczne konkretnego producenta sprzętu (jedyne na rynku, który posiada takie rozwiązanie), a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom posiadającym w ofercie sprzęt innych producentów i utrudniający uczciwą konkurencję.

Zamawiający jest uprawniony wymagać w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne zapewnienia współpracy (kompatybilności) przedmiotu zamówienia z aktualnie posiadanym przez Zamawiającego rozwiązaniem wykorzystującym określone technologie, w tym przypadku - technologie DMVPN oraz dynamiczny protokół routingu EIGRP bazujący na routerach Cisco, znajdujący się w głównych centrach przetwarzania danych PKP PLK S.A. Zamawiający nie ma obowiązku wymiany posiadanej infrastruktury na nową, po to aby wykonawcy mogli zaoferować dowolne inne rozwiązanie, zastępujące posiadane przez Zamawiającego rozwiązanie. Zamawiający nie może też zakupić sprzętu czy systemu niewspółpracującego z posiadanym przez niego sprzętem. Powyższe zachowania mogłyby skutkować wobec Zamawiającego zarzutem niegospodarności.

Izba zważyła również, że Odwołujący nie wykazał faktu, że zamawiający nie dopuścił możliwości w pkt 4.5.1. OPZ zaproponowania rozwiązania konkurencyjnego w stosunku do technologii DMVPN i routerów firmy Cisco. Odwołujący przyznał na rozprawie, że protokół EIGRP został otwarty przez Cisco, więc może być obecnie implementowany przez innych producentów. Ponadto, zgodnie z pkt 4.6.2.2 OPZ, tom III, zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w odniesieniu do routerów.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że kwestionowane w odwołaniu postanowienia zawarte w pkt 4.6.2.2 lit. b) i c) OPZ, tom III naruszają przepis art. 30 ust. 4 w związku z art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez dopuszczenie zaoferowania sprzętu równoważnego (tj. przełączników brzegowych - routerów) bez precyzyjnego określenia kryteriów, według jakich ma być oceniana równoważność w przypadku ich testowania.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp, wykonawca, oferując rozwiązania równoważne, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Aby wykonawca mógł wykazać powyższe okoliczności, zamawiający musi opisać w sposób mierzalny parametry, które będą podlegały ocenie w ramach wykazania równoważności.

Kwestionowany przez Odwołującego pkt 4.6.2.2 ppkt b) i c) OPZ wskazuje na możliwość dostarczenia równoważnych przełączników brzegowych - routerów, co do których

mają być wykonane testy akceptacyjne. Podane wymagania nie określają jednak jasnych i czytelnych kryteriów oceny równoważności i umożliwiają dowolną ich interpretację przez Zamawiającego. Brak zdefiniowanych, jednoznacznych miar dla wymagań dotyczących weryfikacji kompatybilności w zakresie protokołów routingu, chmury DMVPN, wykorzystania certyfikatów PKI dla tuneli IPSec, wydajności, migracji protokołu routingu EIGPR do innego protokołu dynamicznego, awaryjności i automatycznego generowania certyfikatów dla urządzeń poprzez serwer CA architektury PKI Zamawiającego oraz szyfrowania tuneli IPSec w sieci DMVPN wykorzystując wygenerowane certyfikaty, uniemożliwia niekwestionowane ich spełnienie i pozwala Zamawiającemu na dowolną ocenę uzyskanych wyników testów. Zamawiający powinien zatem określić wymagania co do wyników testów, które będą zaakceptowane przez zamawiającego w ramach oceny równoważności.

W konsekwencji Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując zarzuty odwołania, Izba stwierdziła naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp art. 30 ust. 4 w związku z art. 29 ust. 3 Pzp, które to naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

KIO 2208/14

Zasadny jest zarzut naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego minimalnego terminu składania ofert, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Uzasadnienie w powyższym zakresie zostało przedstawione w odniesieniu do identycznego zarzutu zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 2212/14, poniżej.

Odwołujący nie wykazał natomiast zasadności zarzutu naruszenia art. 387 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, postanowień zobowiązujących wykonawcę do realizacji świadczenia niemożliwego ze względu na czas, jaki został przewidziany przez Zamawiającego na realizację poszczególnych elementów każdego zamówienia częściowego (kamieni milowych), jak i całych zamówień częściowych. W szczególności odwołujący nie wykazał, że świadczenie na warunkach dotyczących terminów kamieni milowych i terminu realizacji poszczególnych zamówień częściowych jest świadczeniem niemożliwym.

Jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie, dochowanie ww. terminów jest uzależnione od potencjału wykonawcy, który będzie realizował zamówienie. Zamawiający posiada możliwość sfinansowania tego zamówienia w terminie wskazanym w SIWZ.

Zamawiający jest ograniczony w tym zakresie przez procedury dotyczące uzyskania, wydatkowania i rozliczenia środków pochodzących z funduszy unijnych. Wykonanie przedmiotowego zamówienia wymaga skoncentrowania i zmobilizowania potencjału wykonawców w taki sposób, aby zamówienie mogło zostać zrealizowane w terminie. Jednocześnie odwołujący nie wykazał obiektywnych okoliczności, potwierdzających, że niezależnie od warunków i potencjału dostępnego wykonawcy, świadczenie nie może być w ogóle zrealizowane.

Fakt, że podczas prowadzonego dialogu technicznego zamawiający przedstawiał odmienne niż w SIWZ założenia oraz wymagania co do parametrów technicznych urządzeń, które mają być instalowane w ramach projektu, nie stanowi okoliczności dyskwalifikującej treść SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp w tym zakresie nie regulują obowiązków zamawiającego.

Wskazywane przez Odwołującego okoliczności, że w ramach każdego z zamówień częściowych realizowane będą prace w kilkuset lokalizacjach także nie dowodzi niemożliwości świadczenia, podobnie jak konieczność zainstalowania kilku tysięcy urządzeń wraz z oprogramowaniem oraz wykonania prac budowlanych oraz montażowo-wdrożeniowych, które poprzedzone muszą być w szeregu lokalizacji uzyskaniem decyzji środowiskowych, pozwoleń na budowę oraz zgód konserwatorów zabytków. Wykonanie w terminie tych prac należy uznać za możliwe, jednak jest to w znacznym stopniu uzależnione od potencjału wykonawcy, sposobu organizacji prac i wykorzystanych do realizacji zamówienia odpowiednich zasobów osobowych i technicznych.

Odwołujący nie wykazał, że dziewięciomiesięczny termin na realizację przedmiotu zamówienia jest niemożliwy do dotrzymania ze względów techniczno-organizacyjnych oraz z uwagi na terminy w postępowaniach administracyjnych. Odwołujący nie przedstawił dowodów w tym zakresie. Terminy realizacji, przywołane przez Odwołującego na rozprawie, w oparciu o inne postępowania o podobnym charakterze przedmiotu zamówienia, nie dowodzą faktu, że w przedmiotowym postępowaniu termin jest nierealny. Nie mogą one, w ocenie Izby, stanowić jedyne punktu odniesienia, przy rozstrzygnięciu zarzutu świadczenia niemożliwego w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że sposób określenia kamieni milowych w § 2 Wzoru Umowy nie powoduje, że świadczenie jest niemożliwe do spełnienia. Określone przez Zamawiającego terminy umożliwiają zapewnienie realizacji poszczególnych etapów, tak aby dotrzymany został termin realizacji całego przedmiotu zamówienia (patrz uzasadnienie nin. wyroku w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2212/14).

Zarzuty dotyczące rażącej nierównowagi stron umowy oraz niejednoznaczności przedmiotu zamówienia.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron - w szczególności w zakresie nałożonych na wykonawcę zobowiązań z tytułu rękojmi, pełnego odszkodowania za szkodę oraz dużego ryzyka związanego z prawem zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia niezawinionych przez wykonawcę okoliczności w postaci: opóźnienia przekraczającego 30 dni, naliczenia kar umownych w wysokości 30 % wartości szacunkowego wynagrodzenia lub braku środków na realizację zamówienia, tj. odpowiednio § 21 ust. 1,2, 9, 12 Wzoru Umowy, § 21 ust. 12 Wzoru Umowy oraz § 24 ust. 1) lit. a), c), d) Wzoru Umowy.

Izba zważyła, że zamówienie publiczne jest stosunkiem zobowiązaniowym, który z natury swojej charakteryzuje się brakiem pełnej równowagi stron. Zamawiający, realizujący zadania związane z osiągnięciem celów w sferze publicznej, jest stroną, która niewątpliwie posiada przewagę, ustalając warunki zamówienia w sposób zgodny z interesem zamawiającego oraz w efekcie z interesem publicznym. Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia realizacji zamówienia w sposób gwarantujący prawidłowe wykorzystanie środków publicznych i osiągnięcie celu zamówienia, zgodnie z interesem publicznym. Dlatego też wymagania zamawiającego mogą wykraczać poza zakres swobody umów, co oznacza dla wykonawców przyjęcie zwiększonego ryzyka przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie ryzyko związane z realizacją zamówienia podlega wycenie przez wykonawców w ofercie.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XGa 67/08) „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.[...]. Umowy zawierane w trybie zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, że jest stroną reprezentującą interes publiczny.”

Zdaniem Izby, pogląd powyższy znajduje pełne uzasadnienie. Dlatego w ocenie Izby, także w przedmiotowym postępowaniu, nie można odmówić zamawiającemu prawa do kształtowania stosunku obligacyjnego z wykonawcą zamówienia publicznego w sposób

zapewniający ograniczenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, oczywiście - z zachowaniem zasad obowiązujących w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę, że przepisy k.c. nie zakazują postanowień umownych w kwestionowanym w odwołaniu zakresie Izba stwierdziła, że postanowienia dotyczące rękojmi wykonawcy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie są wymaganiami nadmiernymi na gruncie zamówień publicznych. Gwarancja i rękojmia stanowią odrębne reżimy odpowiedzialności, które mogą być ustanowione w umowie w sposób niezależny.

W § 21 ust. 12 Wzoru Umowy, Zamawiający postanowił, że „Wykorzystanie przysługujących uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji nie narusza prawa Zamawiającego do dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody na zasadach określonych w KC.” Zastrzeżenie powyższe nie jest sprzeczne z zasadami określonymi w przepisach k.c. w zakresie uprawnień do dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody na zasadach ogólnych.

Prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia niezawinionych przez wykonawcę okoliczności w postaci: opóźnienia w dostawie w stosunku do terminów kamieni milowych przekraczającego 30 dni, naliczenia kar umownych w wysokości 30 % wartości szacunkowego wynagrodzenia lub braku środków na realizację zamówienia, mają na celu jasne uregulowanie przypadków, gdy kontynuowanie realizacji umowy w sprawie zamówienia jest wbrew interesom Zamawiającego, rozumianym jako prawidłowe wykonanie zamówienia.

Wykonawca posiada możliwość wkalkulowania ryzyka wynikającego z powyższych postanowień w cenę oferty. Dopuszczenie możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (§ 24 ust. 1 lit. a), c), d) oraz możliwość żądania, oprócz kar umownych, także odszkodowania uzupełniającego (zarówno w zakresie straty, jak i utraconych korzyści) nie naruszają zasad określonych w kodeksie cywilnym.

Dodatkowo Izba zauważa, że zaproponowane przez zamawiającego w SIWZ postanowienia (Warunki Umowy) podlegają weryfikacji przez rynek potencjalnych wykonawców. Efektem tego może być zarówno złożenie ofert, ale i ich brak. Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi sam Zamawiający.

Izba nie stwierdziła w przedstawionym powyżej zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, które uniemożliwia wykonawcy pełne zidentyfikowanie zakresu i okresu trwania jego zobowiązań oraz pełnej oceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

Reasumując zarzuty odwołania, Izba stwierdziła naruszenie art. 43 ust. 2 pkt 1, które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania.

KIO 2212/14

Zbyt krótki termin składania ofert

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 43 ust. 1 i 2 Pzp oraz w związku z tym art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wyznaczenie w przedmiotowym postępowaniu terminu składania ofert nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie prac projektowych, robót budowlanych, dostawę specjalistycznego sprzętu teleinformatycznego oraz wykonanie prac montażowych, instalacyjnych i konfiguracyjnych w 823 lokalizacjach (763 dworce kolejowe i 60 stacji monitoringu). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia składa się z ponad 800 stron dokumentów, w tym formularz ofertowy, zawierający Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO), w którym łącznie dla czterech części zamówienia, należy określić ceny jednostkowe, obejmuje ponad 22 tysiące pozycji, z których każda powinna być odrębnie wyceniona przez wykonawców. Ceny te będą stanowiły podstawę do rozliczenia prac wykonanych w ramach przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Przed wszczęciem przedmiotowego postępowania Zamawiający prowadził dialog techniczny z wykonawcami, w celu określenia możliwości i warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe okoliczności dowodzą znacznego zakresu, stopnia skomplikowania i złożoności przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 17 listopada 2014 r., przyjmując najkrótszy 40 - dniowy termin przewidziany w art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że termin ten jest dopuszczalny, a przepis nie uzależnia jego zastosowania od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek.

Izba zważyła, że przepis art. 43 ust. 2 pkt 1 wskazuje termin 40-dniowy, jako termin minimalny (nie krótszy niż 40 dni) w przypadku zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a zatem określa ten termin jako minimalny termin składania ofert. Zamawiający jest zatem uprawniony do wyznaczenia terminu dłuższego niż wskazany w tym przepisie.

Termin składania ofert musi jednak uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a zatem musi być dostosowany do stopnia skomplikowania i złożoności przedmiotu zamówienia oraz wymagań, które muszą być uwzględnione w ofercie z należytą starannością. Wynika to z wykładni celowościowej przepisów Prawa zamówień publicznych. W szczególności należy zauważyć, że w art. 43 ust. 1 ustawodawca wskazał terminy minimalne składania ofert w przypadku zamówień o wartości poniżej tzw. progów unijnych, które muszą uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a zatem należy przyjąć, że tym bardziej, w przypadku zamówień o wyższej wartości, termin ten powinien uwzględniać stopień złożoności przedmiotu zamówienia, a tym samym czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Powyższa interpretacja wynika także z treści art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające

uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych.

W niniejszej sprawie należy zgodzić się z Odwołującym, że analiza dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu i przygotowanie oferty z należytą starannością wymaga znacznego nakładu czasu, wykraczającego poza minimalny termin przewidziany w art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp w odniesieniu do przetargu nieograniczonego.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu winien zostać przedłużony przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszej sprawie, termin ten powinien uwzględniać czas niezbędny na wprowadzenie w ofertach zmian wynikających ze zmiany treści SIWZ, stosownie do treści wyroku Izby, w tym w odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku udostępnienia wykonawcom informacji niezbędnych do kalkulacji ceny oferty, o czym poniżej. W ocenie Izby, czas ten nie powinien być krótszy niż 14 dni.

Brak informacji niezbędnych do kalkulacji ceny oferty

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku udostępnienia wykonawcom w ramach SIWZ informacji niezbędnych do kalkulacji ceny oferty, tj. naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez wskazania wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, podlegający wykonaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj”, wykonawca został zobowiązany w szczególności do wykonania dokumentacji projektowej, sieci teletechnicznych i energetycznych oraz dostawy, instalacji i uruchomienia elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej wraz z systemami monitoringu wizyjnego (pkt 1.2. OPZ). W celu prawidłowej kalkulacji oferty wykonawca powinien posiadać wiedzę o aktualnych uwarunkowaniach dotyczących poszczególnych obiektów niezbędnych dla ustalenia: zakresu robót budowlanych koniecznych do wykonania sieci teletechnicznych i energetycznych, lokalizacji poszczególnych elementów systemu, uwarunkowań prawnych dotyczących poszczególnych lokalizacji, w tym ustalenia, w jakim zakresie dany obiekt podlega pod ochronę konserwatora zabytków.

Izba ustaliła w toku postępowania, że Zamawiający przekazał wykonawcom w ramach SIWZ część informacji o obiektach, w których realizowane będzie zamówienie w załączniku nr 1a – 1d do OPZ „Opis stanu istniejącego obiektów kolejowych” oraz w załączniku nr 10a-10d do OPZ „Wykaz obiektów zabytkowych”. Informacje te obejmują ilość peronów, z określeniem ich długości i szerokości, sposób dojścia do peronu, informacje czy na peronie znajduje się wiata lub zadaszenie, czy występuje system informowania podróżnych i kto jest jego właścicielem, miejsce sterowania systemem, czy występuje kanalizacja kablowa i kto jest właścicielem, czy występuje system monitoringu wizyjnego i kto jest jego właścicielem, czy występują słupy oświetleniowe,

jakie i w jakiej ilości, czy występują słupy trakcyjne, rodzaj i ilość. Są to informacje jednak zbyt ogólne, niewystarczające do ustalenia niezbędnego nakładu prac. Zamawiający nie przekazał informacji odnośnie budynków dworcowych. Obiekty objęte opieką konserwatora zabytków zostały wymienione w załączniku, ale brak jest informacji o tym, jakiego typu prace w danych obiektach są dopuszczone przez konserwatora zabytków.

Aby dokonać wyceny poszczególnych pozycji zdefiniowanych w formularzu RCO należy wycenić nie tylko dostawę i montaż danego rodzaju urządzenia lecz również instalację zasilającą. Koszty wykonania tej instalacji są niewątpliwie zależne od stanu istniejącego w poszczególnych obiektach. Są to informacje istotne z punktu widzenia §15 ust. 1 lit. a Warunków Umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy i będzie ustalone w oparciu o ceny przypisane do poszczególnych pozycji Formularza RCO.

Skoro zatem Zamawiający posiada bardziej szczegółowe informacje odnośnie warunków technicznych poszczególnych obiektów, co przyznał w toku rozprawy, to powinien je udostępnić wykonawcom, w celu oszacowania nakładu pracy niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym robót budowlanych związanych z doprowadzeniem Instalacji zasilającej. W przeciwnym razie powinien udostępnić wykonawcom możliwość dokonania wizji lokalnej w poszczególnych obiektach, co istotnie wydłużyłoby czas prowadzenia postępowania ze względu na znaczną ilość obiektów, objętych zamówieniem.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ramach SIWZ powinny zostać udostępnione wykonawcom dodatkowe informacje dotyczące:

- rozmieszczenia i wymiarów peronów oraz pomieszczeń, budynków, budowli, urządzeń i instalacji na każdym obiekcie,
- lokalizacji przyłącza energetycznego dla każdego obiektu,
- uwarunkowań dotyczących ochrony zabytków,

w zakresie niezbędnym do wyceny oferty.

W ocenie Izby, w celu należytego skalkulowania ceny oferty powyższe informacje są niezbędne już na etapie przygotowania ofert, ze względu na przyjęty przez zamawiającego w postępowaniu sposób wyceny oferty, a także w konsekwencji – sposób rozliczenia wykonanych prac.

Wskazane przez Zamawiającego materiały informacyjne dostępne na stronie internetowej Zamawiającego, w postaci Załącznika 2.4a do Cennika stawek jednostkowych, które zawierają bardziej szczegółowe dane na temat poszczególnych obiektów Zamawiającego, nie zostały włączone do SIWZ w ramach przedmiotowego postępowania, zatem w tym stanie rzeczy nie mogą stanowić dokumentacji, na której wykonawcy mogą się opierać przy przygotowaniu i wycenie ofert w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba stwierdziła, że informacje na temat właścicieli i zarządców infrastruktury znajdującej się na terenach objętych przedmiotem zamówienia, zostały podane przez Zamawiającego w opisie poszczególnych lokalizacji. Odwołujący nie wskazał konkretnych braków w tym zakresie.

W odniesieniu natomiast do lokalizacji zakończenia sieci WAN (urządzenia transmisyjnego operatora telekomunikacyjnego), do której ma być przyłączona sieć LAN na każdym obiekcie, wymagane informacje, zgodnie z postanowieniem SIWZ i wyjaśnieniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, zostaną uzgodnione z wykonawcą sieci WAN. Do kalkulacji oferty w tym zakresie wykonawcy powinni przyjąć długość łącza wymaganą przez Zamawiającego, jako maksymalna, tj. 25mb.

W związku z uwzględnieniem zarzutu, Izba nałożyła na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, stosownie do zmian postanowień SIWZ w zakresie nowych informacji, o których mowa powyżej, jednak nie krótszy niż o 14 dni.

Nieprawidłowo określony i niemożliwy do dotrzymania termin wykonania zamówienia

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Termin wykonania zamówienia został określony przez Zamawiającego na dzień 15 listopada 2015 r.

Na poparcie tego zarzutu Odwołujący przedstawił pracochłonność prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia w formie przybliżonego szacunku. Wskazał, że w celu wykonania poszczególnych prac konieczne jest uzyskanie stosownych dokumentów, tj. map, uzgodnień konserwatora zabytków, uzgodnień z zarządcami infrastruktury położonej w miejscu inwestycji (istniejąca infrastruktura energetyczna, telekomunikacyjna i inna), ZUD oraz decyzji o pozwoleniu na budowę, jeśli jest wymagane. Wobec braku szczegółowych informacji dotyczących obiektów zamawiającego, nie można jednak przyjąć założeń poczynionych przez odwołującego szacunkowo, jako pewnych lub bardzo prawdopodobnych.

Dodatkowo należy zauważyć, że przedmiotowe zamówienie realizowane będzie równolegle w określonej ilości lokalizacji (obiektów). Każda z tych lokalizacji może być realizowana niezależnie, a zatem faktyczny termin wykonania prac objętych zamówieniem jest uzależniony de facto od potencjału i sposobu organizacji prac w ramach realizacji zamówienia przez danego wykonawcę. Fakt, że zamówienie we wskazanym w SIWZ terminie nie może być zrealizowane przez niektórych wykonawców działających na rynku, nie dowodzi, że żaden wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia lub nie mogą go wykonać wykonawcy, łącząc posiadany przez nich potencjał i zasoby w stopniu umożliwiającym wykonanie przedmiotu umowy w wymaganym terminie.

Wobec uzasadnionych obiektywnie potrzeb zamawiającego oraz możliwości zrealizowania zamówienia w ramach środków pochodzących z programu UE Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie ma możliwości określenia terminu realizacji zamówienia nie krótszego, niż 48 miesięcy, który został wskazany przez Odwołującego. W takim terminie nie będzie możliwe sfinansowanie zamówienia, zgodnie z ustalonymi warunkami i możliwościami Zamawiającego.

Wymagania sprzeczne z art. 29 ust. 1 Pzp

Zarzut w zakresie wymagania długości łącza, zgodnie z pkt 4.6. OPZ Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z pkt 4.6. OPZ, wykonawca zaprojektuje i zrealizuje budowę łącza transmisyjnego pomiędzy wspomnianym routerem brzegowym Obiektu a routerem lub innym urządzeniem transmisyjnym sieci operatora telekomunikacyjnego zapewniającego połączenie VPN „w górę” sieci. Długość przedmiotowego łącza nie powinna przekraczać 25 mb. Fizyczny punkt obu styku sieci powinien zostać określony w trakcie wizji lokalnej na Obiekcie przeprowadzonej przez Wykonawcę i operatora telekomunikacyjnego.

Powyższy zapis wprowadza wymaganie, by długość łącza pomiędzy routerem instalowanym przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia, a odpowiednim urządzeniem sieci operatora telekomunikacyjnego, nie przekraczała 25mb. Odwołujący wskazywał, że sieć operatora telekomunikacyjnego, o której mowa w tym wymaganiu (sieć WAN Zamawiającego), zostanie zbudowana po udzieleniu i wykonaniu zamówienia, które jest przedmiotem równoległe prowadzonego postępowania (postępowanie na „zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”, opublikowane w Dz. U. UE. Pod nr 2014/S 193- 341656). Zgodnie z postanowieniem pkt 4.6. SIWZ, Zamawiający przyjął, że umiejscowienie routerów sieci WAN zostanie sprecyzowane w ramach trójstronnych uzgodnień, tj. z udziałem wykonawcy wybranego do realizacji ww. zamówienia. Jednocześnie to na Zamawiającym spoczywa obowiązek określenia umiejscowienia routerów sieci WAN w terminie umożliwiającym wykonawcy przedmiotu zamówienia uwzględnienie tej informacji w projekcie dla danego obiektu. Ponieważ ustalenie tego punktu na etapie składania ofert nie jest możliwe, wykonawcy powinni wycenić w ofercie maksymalną dopuszczalną, zgodnie SIWZ, długość łącza, tj. 25 mb.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący treści §2 ust. 2 lit. a i lit. b Warunków Umowy.

W z §2 ust. 2 lit. a i lit. b Warunków Umowy przewidziany został obowiązek wykonania, przedstawienia do odbioru i odebrania przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej w terminie odpowiednio 90 oraz 135 dni od podpisania Umowy (kamień milowy I i II), natomiast w §2 ust. 2 lit. c, d, e i f kolejne kamienie milowe (III, IV, V i VI) zostały określone datami kalendarzowymi.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że powyższy sposób określenia terminów kamieni milowych jest niezbędny dla zapewnienia, że termin końcowy realizacji zostanie dotrzymany. Odwołujący nie wykazał prawdopodobieństwa, że termin wykonania kamieni milowych I i II uniemożliwi wykonanie kamieni milowych III, IV, V i VI lub że może on upłynąć po terminie wykonania kamieni milowych III, IV, V i VI. I kamień milowy dotyczy wykonania i odebrania dokumentacji projektowej dla min. 95% obiektów, natomiast II kamień milowy dotyczy wykonania dokumentacji projektowej i odebrania pozostałych obiektów. Zamawiający założył tym

samym możliwość wykonywania dokumentacji projektowej dla części obiektów i jednocześnie równoległe wykonywanie prac na obiektach, dla których dokumentacja projektowa została wykonana. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający określił ww. terminy w sposób elastyczny, uwzględniający przypadki, w których dla niektórych obiektów wymagany będzie dłuższy czas na wykonanie dokumentacji projektowej niż 90 dni. Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający przewidział możliwość aktualizacji harmonogramu rzeczowo-finansowego w trakcie realizacji zamówienia (§4 ust.7, 8 i 3), a ponadto, zgodnie z §27 ust. 1 lit.a, przewidział kary umowne za zwłokę w wykonaniu kamieni milowych, ale wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie dotrzyma terminu wykonania zamówienia. Zamawiający pozostawił zatem wykonawcy pewną swobodę w zakresie organizacji i sposobu wykonania zamówienia, która musi jednak zapewnić dotrzymanie ostatecznego terminu wykonania zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący nieprecyzyjnego wymagania zawartego w §18 ust. 4 lit. c Wzoru Umowy.

Zgodnie z powyższym postanowieniem, Zamawiający w ramach I etapu dokona odbioru projektów dla każdego z obiektów odrębnie. Postanowienie powyższe w dalszym jego brzmieniu przewiduje zwrot projektu do uzupełnienia, w terminie 14 od dnia zgłoszenia przez wykonawcę projektu do odbioru, jeżeli projekt zawiera „rozwiązania których zamawiający nie zaakceptuje”. Literalne brzmienie tego postanowienia nie powoduje wątpliwości interpretacyjnych. Wprowadza mechanizm umożliwiający Zamawiającemu arbitralną decyzję co do zwrotu projektu z powodu jego niezaakceptowania.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienie Zamawiającego, podane w toku rozprawy, odnośnie celu, któremu miało służyć powyższe postanowienie, tj. że dotyczy ono sytuacji, gdy projekt po uzupełnieniu przez wykonawcę zawiera zmiany, który nie były wcześniej zaakceptowane, Izba uznała, że zachodzi konieczność doprecyzowania tego postanowienia, poprzez określenie konkretnej sytuacji, której ono dotyczy, tj. zgodnie z powyższym wyjaśnieniem Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania

Odwołujący podnosił, że niejasności i braki wskazane w odwołaniu, które uniemożliwiają prawidłową kalkulację ceny oferty, nie tylko wymagają zmiany terminu składania ofert, lecz przede wszystkim zapewnienia wykonawcom wielu dodatkowych informacji, a wobec tego jedyne działanie, które umożliwia należyłą analizę SIWZ i skorzystanie przez wykonawców z narzędzia przewidzianego w art. 38 ust. 1 Pzp jest unieważnienie postępowania, a następnie ponowne jego wszczęcie oraz opublikowanie SIWZ uwzględniającej zastrzeżenia wykonawców i przewidującej termin składania ofert umożliwiającą realną analizę SIWZ oraz zadanie pytań do jej treści.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie i jednocześnie jest pewność co do tego, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert nie stanowi wady postępowania niemożliwej do usunięcia, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Termin składania ofert może podlegać przedłużeniu odpowiednio o czas umożliwiający przygotowanie ofert w postępowaniu. Nie ma też na tym etapie przesłanek do stwierdzenia braku możliwości skorzystania przez wykonawców z narzędzia przewidzianego w art. 38 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 38 ust. 1a, zamawiający ma możliwość udzielenia wyjaśnień na wniosek wykonawcy złożony po upływie terminu, o którym mowa w art. 38 ust. 1. Na obecnym etapie nie można zatem przesądzić o wystąpieniu sytuacji, że wyjaśnienia SIWZ nie zostaną wykonawcom udzielone.

W ocenie Izby, na obecnym etapie nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Reasumując zarzuty odwołania, Izba stwierdziła naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 43 ust. 2 Pzp, które to naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba uwzględniła odwołania, orzekając, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba wydała łączne orzeczenie w sprawie na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 8, 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 6 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).

Zwrotowi na rzecz Odwołującego się wykonawcy IT.expert Sp. z o.o. podlega kwota 5 000,00 zł, stanowiąca kwotę przewyższającą wysokość należnego wpisu od odwołania. Odwołujący wniósł wpis w wysokości 20 000,00 zł, podczas gdy, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, należny wpis w niniejszej sprawie, z uwzględnieniem wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, w przedmiocie dostaw wynosi 15 000,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....

.....