

Sygn. akt: KIO 354/12

POSTANOWIENIE
z dnia 06.03.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **06.03.2012 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20.02.2012 r.** przez **Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R wraz z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy nadrzędnej dla 8 LCS-ów na Unii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia w ramach projektu POIiŚ 7.1-1.4 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - w zakresie warstwy nadrzędnej LCS, ERTMS/ETCS/GSM-R, DSAT oraz zasilania układu trakcyjnego” (nr referencyjny postępowania: IRZRg-216-03/11-POIiŚ 7.1-1.4), zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 247-401088 z 23.12.2011 r.

W dniu 10.02.2012 r. Zamawiający ogłosił na swojej stronie internetowej zmianę pkt 11.4.5. PFU zawartego w tomie III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

W dniu 20.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa zwanego dalej: „Consortia Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.02.2012 r. (faxem). Wnosił odwołanie od niezgodnej z Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zawarciu w opracowanej przez Zamawiającego wymagania (pkt 11.4.5. PFU zawartego w tomie III SIWZ „Standardy, interfejsy sieciowe”) niemożliwego do spełnienia przez Wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.
2. art. 29 ust. 1 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie precyzyjnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty,
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący niniejszym wnosi o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zamiany zapisów Ogłoszenia i SIWZ w zaskarżonym zakresie w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, wnoszę o dokonanie przez Zamawiającego zaskarżonych czynności w sposób określony w niniejszym odwołaniu. Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Dnia 10.02.2012 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zmianę pkt 11.4.5. PFU zawartego w tomie III SIWZ „Standardy, interfejsy sieciowe” wprowadzając wymagania niemożliwe do spełnienia przez Wykonawców. Zamawiający w SIWZ w pkt 11.4.5. PFU zawartego w tomie III „Standardy, interfejsy sieciowe” początkowo sformułował następujące wymaganie „Dla przedmiotu Zamówienia należy stosować aktualne, w dniu podpisaniu Umowy, standardy i specyfikacje dla sieci ERTMS/GSM-R wyszczególnione na internetowej stronie Europejskiej Agencji Kolejowej (www.ero.europa.eu)”. Z kolei w dniu 10.02.2012 r. udzielając odpowiedzi na pytanie 5 jednego z Wykonawców nadał nowe brzmienie przywołanemu zapisowi PFU: „Dla przedmiotu Zamówienia należy stosować aktualne, w dniu poprzedzającym otwarcie ofert, standardy i specyfikacje dla sieci ERTMS/GSM-R wyszczególnione na internetowej stronie Europejskiej Agencji Kolejowej (www.era.europa.eu)”. Powyższe wymaganie jest niemożliwe do spełnienia przez Wykonawców albowiem standardy i specyfikacje dla sieci ERTMS/GSM-R wyszczególnione na internetowej stronie Europejskiej Agencji Kolejowej (www.era.europa.eu) zmieniają się, a Zamawiający w SIWZ w pkt 11.4.9 PFU zawartego w tomie III „Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R” formułuje następujące kolejne wymagania

„Punkt 13. Wykonawca zagwarantuje, że:

oferowana przez Wykonawcę infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 na co najmniej jednej linii kolejowej; lub

oferowana przez Wykonawcę infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym Testy Interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 dla interfejsu A, przy czym oferowana infrastruktura BSS GSM-R musi zawierać te same typy urządzeń (BSC i BTS) co infrastruktura testowana a zakres testów musi obejmować badanie co najmniej następujących parametrów:

- Podstawowe i dodatkowe usługi GSM dla transmisji głosu i danych
- Scenariusze „celi reselection” oraz „handover”
- Adresowanie funkcyjne (FA)
- Adresowanie zależne od lokalizacji (LDA)
- Zarządzanie priorytetami połączeń (eMLPP)
- Połączenia grupowe (VGCS)

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

przy czym, Wykonawca powinien wykazać, że dla obecnie obowiązujących funkcjonalnych i systemowych wymagań EIRENE wyspecyfikowanych wymaganiami w wersji 7 FRS i wersji 15 SRS, które odwołują się do Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności (TSI, index 32 i 33) wymienionej w zaleceniu ERA „Recommendation on updating the Annex A of the TSI Control Command and Signalling for High Speed and Conventional Rail systems ERA/REC/ERTMS/38-2009” z dnia 24 kwietnia 2009r., odbyły się testy interoperacyjności dla konfiguracji, która jest wymagana w tym przetargu. Testy takowe powinny być nadzorowane przez przynajmniej jedną niezależną organizację kolejową jak na przykład Grupę Użytkowników ERTMS (ERTMS Users Group), Europejską Agencję Kolejową (ERA European Railway Agency) lub Międzynarodowe Zrzeszenie Kolei (UIC)."

Jednoczesne zestawienie powyższych wymagań prowadzi do wniosku, że zmiana wymagań Europejskiej Agencji Kolejowej w przeddzień złożenia oferty może zmienić konfigurację sprzętu, która wymagana jest w przetargu, a więc czyni niemożliwym do spełnienia wymóg przeprowadzenia testów interoperacyjności dla konfiguracji, która jest wymagana w przetargu zgodnie z pkt 11.4.9 PFU gdyż:

- a) Konfiguracja sprzętu wymagana w przetargu, która ma podlegać testom interoperacyjności, znana może być dopiero w przededniu przetargu. Wykonawca musiałaby zatem przystąpić do testów i zakończyć je w ciągu jednego dnia aby zagwarantować, że *infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym Testy Interoperacyjności*
- b) Praktycznie niemożliwym jest wykonanie testów w krótszym niż parę tygodni czasie i niemożliwym jest wykonanie ich bez odpowiedniego przygotowania polegającego na przewiezieniu sprzętu do odpowiedniego laboratorium, opracowaniu planu testów, podłączeniu sprzętu do urządzeń dostawcy NSS20 i skonfigurowaniu sprzętu tak aby spełnił zaplanowane działania testowe. Przygotowania do testów IOT mogą również zająć od kilku do kilkunastu tygodni
- c) Niemożliwe jest wykonanie testów bez posiadania dostępu do sprzętu NSS20, co jest najważniejszą barierą w przeprowadzeniu wymaganych testów, a więc dopuszcza się nieuczciwą konkurencję nic dając Wykonawcom równych szans. Zamawiający nie zapewnia bowiem dostępu do NSS20, ani nie wymaga od dostawcy NSS20, aby ten udostępnił swoje urządzenia do testów. Zamawiający nie udostępnia nawet specyfikacji urządzeń NSS20. Wykonawca nie ma zatem nawet podstawowej wiedzy na temat tego jak mógłby być skonfigurowany sprzęt NSS20 do testów. Uprzywilejowanym przy tak

skonfigurowanych wymaganiach jest dostawca urządzeń NSS20. Zwrócił tu uwagę na fakt, iż dostawca sprzętu NSS20 nie został zobligowany przez Zamawiającego do wykazania się testami IOT z BSS innych dostawców, co oznacza, iż ciężar wykazania się takimi testami spoczywa wyłącznie na innych dostawcach.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający oczekuje od Wykonawców zobowiązania się do spełnienia standardów i specyfikacji, które są możliwe do spełnienia jedynie przez dostawcę NSS20, wnoszę o:

a) wykreślenie pkt 11.4.5 PFU zawartego w tomie III SIWZ w całości lub

b) wprowadzenie wymagania w pkt 11.4.9 PFU, punkt 13 do wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w przeszłości testów interoperacyjności interfejsu A nadzorowanych przez niezależną organizację kolejową, pomiędzy NSS20 lub inną wersją NSS produkowanego przez dostawcę NSS20 i BSS dostarczanym przez Wykonawcę, w następujący sposób:

„Punkt 13. Wykonawca zagwarantuje, że:

oferowana przez Wykonawcę infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 na co najmniej jednej linii kolejowej; lub

oferowana przez Wykonawcę infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym Testy Interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 lub inną wersją systemu NSS produkowanego przez dostawcę NSS20 dla interfejsu A, przy czym oferowana infrastruktura BSS GSM-R musi zawierać te same typy urządzeń (BSC i BTS) co infrastruktura testowana a zakres testów musi obejmować badanie co najmniej następujących parametrów:

- Podstawowe i dodatkowe usługi GSM dla transmisji głosu i danych

- Scenariusze „cell reselection” oraz „handover”

- Adresowanie funkcyjne (FA)

- Adresowanie zależne od lokalizacji (LDA)

- Zarządzanie priorytetami połączeń (eMLPP)

- Połączenia grupowe (VGCS)

- Połączenia rozsiewcze (VBS)

- Kolejowe połączenia alarmowe (REC)

- Przesyłanie informacji do dyspozytora (OTD!)

- Funkcjonalność „late entry”

przy czym, Wykonawca powinien wykazać, że dla obecnie obowiązujących funkcjonalnych i systemowych wymagań EIRENE wyspecyfikowanych wymaganiami w wersji 7 FRS i wersji 15 SRS, które odwołują się do Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności (TSI, index 32 i 33) wymienionej w zaleceniu ERA „Recommendation on updating the Annex A of the TSI Control Command and Signalling for High Speed and Conventional Rail systems ERA/REC/ERTMS/38-2009” z dnia 24 kwietnia 2009r. Testy takowe powinny być

nadzorowane przez przynajmniej jedną niezależną organizację kolejową jak na przykład Grupę Użytkowników ERTMS (ERTMS Users Group), Europejską Agencję Kolejową (ERA European Railway Agency) lub Międzynarodowe Zrzeszenie Kolei (UIC)."

Zamawiający w dniu 22.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał (e-mialem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 01.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Wskazał, że uznaje przedstawione odwołanie w zakresie żądania:

1) modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania poprzez wykreślenie w całości pkt 11.4.5 PFU zawartego w tomie III SIWZ.

W ocenie Zamawiającego powyższy sposób uwzględnienia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Zamawiający zobowiązał się do wykreślenia zgodnego z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby

Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....