

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 24 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **24 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 stycznia 2017 r.**

przez wykonawcę: **Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na linii Łowicz - Łuków* (nr postępowania 6060/ICZ5/25920/10640/16/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Znosi wzajemnie koszty postępowania oraz nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7

**Sygn. akt KIO 64/17**

dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na linii Łowicz - Łuków* (nr postępowania 6060/ICZ5/25920/10640/16/P). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 grudnia 2016 r. nr 2016/S\_251-463268. Zamawiający zamieścił również ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.plk-sa.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.}. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 stycznia 2017 r. Odwołujący – Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Thales”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 36a ust. 1 i 2 pkt 1 przez zawarcie w SIWZ (tom I Instrukcji dla Wykonawców {dalej: „IDW} w ust. 23) (oraz analogicznie w ust. 4 subklauzuli 4.4 tomu II Warunki Umowy, Warunki Szczególne) zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę roboty z zakresu dostawy systemu ERTM/ETCS, co sprzeciwia się regulacji umożliwiającej zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku wykonania przez wykonawcę przy robotach budowlanych tylko kluczowych części zamówienia.  
Art. 7 ust 1 i art. 29 ust. 2 przez nieuprawnione ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia.
2. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 7 ust. 1 przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych, zrozumiałych określeń i nieuwzględnienie w nim wszelkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty

i w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w związku z nałożeniem na wykonawcę w ust. 3.2.3 pkt 1 Tomu III Programu Funkcjonalno-Użytkowego {dalej „PFU”} obowiązku zaprojektowania i wykonania systemu ERTMS/ETCS w oparciu o „Scenariusze Operacyjne wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziom 1 w wersji SRS 2.3.0d” oraz Scenariusze Operacyjne wymagania eksploatacyjne dla systemu ETCS poziom 2 w wersji SRS 2.3.0d” {dalej: „Scenariusze Operacyjne”}, przy jednoczesnym braku zapewnienia wykonawcom możliwości zapoznania się z ich treścią, w celu uwzględnienia zawartych w tym dokumencie informacji niezbędnych dla przygotowania oferty, a następnie koniecznych dla realizacji zamówienia.

Art. 387 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 oraz art. 14 przez ukształtowanie warunków umowy z przekroczeniem granicy swobody kontraktowania i nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do zrealizowania w zakresie wymogu zaprojektowania systemu ERTMS/ETCS w oparciu o Scenariusze Operacyjne, do których nie zapewniono mu dostępu.

3. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 387 kc, 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 oraz art. 14 – przez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia i określenie postanowień niemożliwych do zrealizowania przez wykonawcę, w związku z nałożeniem w TOMIE III PFU w ust. 10.6 pkt 1 lit. k) i ust. 10.10 pkt 3 lit g) trzeci punkt na wykonawcę obowiązku wyposażenia części przytorowej systemu ERTMS/ETCS w system zarządzania kluczami, który będzie umożliwiał zarządzanie kluczami kryptograficznymi, niezbędnymi do zapewnienia bezpieczeństwa transmisji danych (...), podczas gdy to Zamawiający jako zarządca infrastruktury zobowiązany jest posiadać Centrum Zarządzania Kluczami oraz wbudowane procedury zapewnienia bezpieczeństwa w przedsiębiorstwie kolejowym, a wykonawca może zapewnić jedynie narzędzia wspomagające proces generowania kluczy.
4. Art. 22 ust. 1a, art. 22d ust.1 oraz art. 7 ust. 1 – przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców opisanie w Sekcji III.1.3 pkt B ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie w TOMIE I IDW ust. 8.6.2 lit. a) pkt. 1 (tabeli) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy w zakresie wymaganych kwalifikacji zawodowych osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, poprzez żądanie, aby osoba ta posiadała „uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych”, podczas gdy nie są one

proporcjonalne (odpowiednie) do przedmiotu zamówienia.

5. Art. 91 ust. 2 pkt 5), art. 91 ust. 2c i art. 7 ust. 1 – przez określenie w kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy, tj. Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ETCS, możliwości przyznania wykonawcy punktów [tom I IDW pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a)] za wykazanie, że osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiada doświadczenie nabyte na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru *w łącznym zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS podczas realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS, podczas gdy nie jest w zasadzie możliwe wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem jednej osoby, która spełnia łącznie tak określone wymaganie co do doświadczenia.*
6. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 oraz art. 14 przez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy w Tomie II Warunki Umowy w subklauzli 4.10 oraz brak dokonania zmiany treści pierwotnej subklauzuli 4.11 FIDIC w sposób prowadzący do nieuprawnionego ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego za niewyczerpujące i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym nałożeniem na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka za brak uwzględnienia przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, a takie ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego narusza jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego.
7. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 oraz art. 14 przez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy w Tomie II Warunki Umowy w subklauzli 5.1 w sposób prowadzący do nieuprawnionego ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego za niewyczerpujące i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym nałożeniem na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka za brak uwzględnienia przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, a takie ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego narusza jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego.
8. Art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 387 kc, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 oraz art. 14 przez

opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku stosowania urządzeń jednego producenta i jednej technologii wykonania na wszystkich stacjach, szlakach, posterunkach, odgałęzieniach i przejazdach kolejowo-drogowych, podczas gdy wymóg ten utrudnia, a wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję i nie zapewnia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, a także może uniemożliwić realizację przedmiotowego zamówienia.

9. Art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 2 oraz art. 7 ust., art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 oraz art. 14 – przez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze względu na zastrzeżenie związane z ograniczeniem odpowiedzialności Zamawiającego jedynie do tych elementów PFU, które są wiążące, a tym samym ograniczenie prawa wykonawcy do zgłoszenia roszczeń w zakresie czasów i kosztów jedynie w odniesieniu do niewiążącej części PFU, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za przygotowanie PFU. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie warunków realizacji umowy narusza również granice swobody umów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia lub specyfikacji w następujący sposób {lista żądań}:

1. Wykreślenie słowa „dostawy” z klauzuli określającej wyłączenie zakresu podwykonawstwa.
2. Zagwarantowanie wykonawcom możliwości zapoznania się z treścią Scenariuszy Operacyjnych przed złożeniem oferty (np. przez udostępnienie wskazanego dokumentu jako załącznika nr 6 do PFU).
3. Nadanie następującego brzmienia postanowieniu: *k) Część przytorowa systemu ERTM/ETCS Zamawiający we własnym zakresie wyposaży w system zarządzania kluczami który będzie umożliwiał zarządzanie kluczami kryptograficznymi niezbędnymi dla zapewnienia bezpieczeństwa transmisji danych pomiędzy urządzeniami przytorowymi i pokładowymi ERTM/ETCS, pracujący w oparciu o TS Sterownie. System musi być zgodny z wymaganiami zawartymi w:*
  - SUBSET-038 Offline key management FIS v. 2.3.0 oraz v.3.0.0 (3.1.0),
  - SUBSET-114 KMC-ETCS Entity Off-line KM FIS v. 1.0.0.

*Wykonawca dostarczy narzędzie umożliwiające generowanie kluczy kryptograficznych w formatach zgodnych z dokumentami wymienionymi powyżej. System zarządzania kluczami kryptograficznymi musi umożliwiać współpracę z sąsiednimi systemami zarządzania kluczami kryptograficznymi (będących w posiadaniu innych zarządców*

*kolejowych oraz dostarczanych w ramach innych postępowań przetargowych). Zamawiający przekaze Wykonawcy instrukcję obsługi systemu zarządzania kluczami kryptograficznymi wraz z propozycją procedury dystrybucji kluczy.*

*Wykreślenia z lit. g) systemu zarządzania kluczami kryptograficznymi jako elementu dostarczanego przez wykonawcę.*

4. Nadanie następującego brzmienia określeniu wymaganych uprawnień Kierownika budowy: *uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym.*
5. Nadanie następującego brzmienia opisowi kryterium odnośnie Kierownika Robót w zakresie sterownia ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ETCS: *w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 10 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS.*
6. Nadanie następującego brzmienia kwestionowanym postanowieniom:  
{subklauzla 4.10} (...) *Będzie się uważało, że po zawarciu umowy Wykonawca uzyska, w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas), wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzy i sprawdzi Plac Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczania się): a) kształt i charakter Placu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi, b) warunki hydrologiczne i atmosferyczne, c) zakres i charakter pracy i Dóbr, koniecznych dla realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad, d) obowiązujące w Kraju Prawa, procedury i praktyki dotyczące siły roboczej, oraz e) zapotrzebowanie Wykonawcy dotyczące dostępu, zakwaterowania, urządzeń, personelu, energii, transportu, wody i innych usług."*  
{subklauzula 4.11} *Będzie się uważało, że Wykonawca: (a) uznał Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową za poprawnie określoną i wystarczającą, oraz (b) w zakresie informacji i danych udostępnionych przez Zamawiającego przed złożeniem Oferty oparł Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową na danych, koniecznych informacjach, o których mowa w Subklauzuli 4.10 [Dane o Placu Budowy] i wszelkich dalszych danych odnoszących się do projektowania przez Wykonawcę.*

*Jeżeli w Kontrakcie nie podano inaczej, to Zaakceptowana Kwota Kontraktowa pokrywa wszystkie zobowiązania Wykonawcy według Kontraktu (włączając te, na które przewidziano Kwoty Warunkowe, jeśli takie są), i wszystko co konieczne dla właściwego zaprojektowania, realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad.*

7. Nadania następującego brzmienia kwestionowanemu postanowieniu {subklauzla 5.1}:  
*(...) Wykonawca oświadcza, że przed złożeniem Oferty zapoznał się z Wymaganiami Zamawiającego. Gdyby Wykonawca po Dacie Rozpoczęcia według SubKLAUZULI 8.1 Warunków Szczególnych napotkał w Wymaganiach Zamawiającego błędy, wady lub nieprawidłowości, wówczas Wykonawca jest zobowiązany dać Inżynierowi stosowne powiadomienie, a Inżynier jest uprawniony zwracać się o dodatkowe dowody, za każdym razem, kiedy uzna to za stosowne. W każdym przypadku SubKLAUZULĘ 1.9 Warunków Szczególnych stosuje się odpowiednio.*

*Po otrzymaniu powyższego powiadomienia Inżynier określi, czy Klauzula 13 Warunków ogólnych zmieniona Warunkami Szczególnymi, będzie miała zastosowanie i odpowiednio da o tym Wykonawcy powiadomienie. (...)*

8. Nadania następującego brzmienia kwestionowanemu postanowieniu: *W ramach poszczególnych LCS-ów gdzie zabudowywane będą nowe urządzenia w ramach przedmiotowego zadania należy stosować jednolitość urządzeń na wszystkich stacjach szlakach, posterunkach odgałęźnych i przejazdach kolejowo-drogowych.*
9. Nadania następującego brzmienia kwestionowanemu postanowieniu {subklauzla 1.9}:  
*(...) Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt, w wyniku rozbieżności danych zawartych w Wymaganiach Zamawiającego ze stanem faktycznym, to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 Warunków Ogólnych, do: a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4 Warunków Szczególnych, jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (...)*

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

Pismem z 11 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 10 stycznia 2017 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

13 stycznia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia



do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

24 stycznia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, informując o zarzutach, które uznał w całości lub częściowo, w tym o wprowadzonych zmianach specyfikacji, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania, a także podając uzasadnienie dla tego stanowiska w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

Po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący wycofał wszystkie pozostałe zarzuty.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a Odwołujący wycofał wszystkie pozostałe zarzuty.

## Sygn. akt KIO 64/17

Wobec powyższego Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem jego Stron i Przystępującego do tego postępowania po stronie Odwołującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że na mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit a 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....