

Sygn. akt: KIO 851 /10

Sygn. akt: KIO 852 /10

Sygn. akt: KIO 853/10

Sygn. akt: KIO 859/10

POSTANOWIENIE
z dnia 28 maja 2010 r.

Krajowej Izby Odwoławczej - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **27 maja 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14 maja 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 851 /10;

B. Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 852 /10;

C. Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 853 /10;

D. Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 859 /10.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Modernizację linii kolejowej E30, etap II, Odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale XXX zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz XXX po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1.

A. umarza postępowanie z odwołania Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 851 /10;

B. umarza postępowanie z odwołania Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 852 /10;

C. umarza postępowanie z odwołania Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 853 /10;

D. umarza postępowanie z odwołania Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań w sprawie sygn. akt: KIO 859 /10.

2. Kosztami postępowania w sprawach: **Sygn. akt: KIO 851 /10, sygn. akt: KIO 852 /10, sygn. akt: KIO 853/10, sygn. akt: KIO 859/10 w kwocie łącznej 80 000,00 zł. (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.**

3. Zasadza od **zamawiającego PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **odwołującego Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** koszty w sprawach **sygn. akt: KIO 851 /10, sygn. akt: KIO 852 /10, sygn. akt: KIO 853/10, sygn. akt: KIO 859/10** w kwocie łącznej **94400 zł 00 gr** (słownie: dziewięćdziesiąt cztery tysiące czterysta złotych zero groszy).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację linii kolejowej E 30, etap II, odcinek Zabrze - Katowice – Kraków:”

I. Przetarg nr 1 Modernizacja odcinków: Jaworzno Szczakowa - (km 15,810- 29,110 linii nr 133); Jaworzno Szczakowa- Sosnowiec Jęzor (km 0,000- 6,847 linii nr 134), Dz. Urz. UE nr 2010/S 85-127528 z dnia 1.05.2010 r;

II. Przetarg nr 2 Modernizacja odcinka: Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 133 Dz. Urz. UE nr 2010/S 85-127526 z dnia 1.05.2010 r;

III. Przetarg nr 3 Modernizacja odcinka: Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy (km 46,700 - 67,200 linii nr 133) Dz. Urz. UE nr 2010/S 85-126018 z dnia 30.04.2010;

IV. Przetarg nr 4 Sygnalizacja dla obszaru: LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia, LCS Kraków Mydlniki (km 0,000 - 6,847 linii nr 134) oraz (km 15,810 - 67,636 linii nr 133) Dz. Urz. UE nr 2010/S 84-127529 z dnia 1.05.2010 r;

- zostały wniesione w dniu 10 maja 2010 r. odwołania przez Thales Rail Signalling Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu na niezgodne z przepisami sformułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), (opublikowanej w dniach 30.04.2010 r. i 1.05.2010 r.), których kopie w tym samym terminie zostały przekazane zamawiającemu.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu, gdyż zamierza złożyć ofertę w wymienionych wyżej postępowaniach, zatem ma interes we wniesieniu odwołania. Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego, narusza przepisy ustawy Pzp, a złożenie prawidłowej oferty w postępowaniu i zaoferowanie produkowanych przez odwołującego urządzeń zostało w zasadzie uniemożliwione lub istotnie ograniczone, z tych względów nie może on zatem ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Tym samym odwołujący, jak twierdził, został narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, iż w niniejszym postępowaniu działania zamawiającego prowadzą do dyskryminacji części wykonawców i naruszają wolną konkurencję. Sposób prowadzenia postępowania rodzi ryzyko, że najkorzystniejsza oferta zostanie wybrana z rażącym naruszeniem ustawy Pzp. W konsekwencji istniałyby przesłanki do unieważnienia umowy, którą zamawiający zawarłby z wybranym wykonawcą. Zamawiający przez sztuczne wydzielenie przedmiotu zamówienia dotyczącego automatyki kolejowej do czterech przetargów dotyczących tej samej linii kolejowej w znaczący sposób utrudnia wykonawcom złożenie prawidłowej i rzetelnej oferty, a w szczególności oszacowanie kosztów zabudowy urządzeń srk.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, w szczególności:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych oraz pochodzenia;
3. art. 31 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy, przez takie dokonanie podziału zamówienia w zakresie dostawy i zabudowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym na jednej linii kolejowej E 30 - odcinek Zabrze -Katowice - Kraków, które utrudnia uczciwą konkurencję, albowiem opis przedmiotu zamówienia nie zawiera dostatecznego określenia co do stawianych przez zamawiającego wymagań technicznych, materiałowych i funkcjonalnych w zakresie systemu sterowania ruchem kolejowym. Odwołujący podnosił również, iż obecna treść SIWZ, nakazująca uwzględnienie przez wykonawców i dostosowanie oferowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej srk) do urządzeń nie tylko zabudowanych aktualnie, ale także planowanych do zabudowy w ramach ogłoszonych postępowań, powoduje niemożność uczynienia zadość wymaganiom zamawiającego na etapie składania ofert, albowiem w dacie tej nie będą znane wykonawcom oferowane w innych postępowaniach urządzenia srk planowane do zabudowy.

odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy Pzp postanowień i wymogów SIWZ.

**W sprawach: sygn. akt: KIO 851 /10; sygn. akt: KIO 852 /10; sygn. akt: KIO 853 /10:
odwołujący wnosił o nakazanie:**

1. dopuszczenia możliwości zastosowania w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) blokady zintegrowanej w systemie urządzeń nastawczych, dzięki której możliwe będzie ograniczenie kosztów budowy i eksploatacji blokady samoczynnej bez utraty funkcjonalności działania systemu;
2. dokonania modyfikacji SIWZ w następujący sposób:
 - a) w dokumentacji przetargowej Tom III, Sekcja 2, Część A - Urządzenia automatyki kolejowej, A.02. Budowa samoczynnej blokady liniowej (sbl) w pkt. 3.2.1. Wymagania

techniczne znajduje się zapis: „Samoczynna komputerowa blokada liniowa powinna być autonomiczna.” Odwołujący wnosił o wykreślenie sformułowania „autonomiczna.”

Ewentualnie wnosił o nakazanie zamawiającemu:

3. nie dokonywania podziału zamówienia w zakresie dostawy i montażu systemów sterowania ruchem kolejowym w ramach czterech różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i połączenie w ramach jednego postępowania dostawy i zabudowy całego systemu sterowania ruchem kolejowym, to jest zabudowy urządzeń wraz z sygnalizacją oraz modernizacją istniejących urządzeń wewnętrznych sterowania ruchem kolejowym dla całej linii, zabudową docelowych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz zabudową urządzeń telekomunikacyjnych dla LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia oraz LCS Kraków Mydlniki; a także, w ramach tego połączonego postępowania, o nakazanie zamawiającemu stosowną modyfikację SIWZ poprzez:

4. dopuszczenie możliwości zastosowania w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym blokady zintegrowanej w systemie urządzeń nastawczych, dzięki której możliwe będzie ograniczenie kosztów budowy i eksploatacji blokady samoczynnej bez utraty funkcjonalności działania systemu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podnosił co następuje.

A. W zakresie możliwości zastosowania blokady zintegrowanej przy utrzymaniu podziału zamówienia dostawy srk w ramach 4 postępowań, odwołujący wskazywał, iż zamawiający w SIWZ zamieścił wymagania dotyczące zamontowania blokady liniowej, wymagając „zastosowana autonomiczności...”, „urządzenia blokady liniowej zapewniają autonomiczność systemu, tzn. jakakolwiek awaria innego systemu srk nie może wpływać na stan działania blokady.” Odwołujący podnosił, że wymagania zamawiającego wymienione powyżej naruszają przepisy ustawy Pzp. Żądane przez zamawiającego rozwiązanie powoduje konieczność zabudowy osobnego systemu dla obsługi blokady samoczynnej. W konsekwencji jest ono nieekonomiczne, bowiem skutkuje znacznym wzrostem kosztów budowy urządzeń srk w projekcie, a także wzrostem kosztów eksploatacji bez korzyści w postaci lepszej funkcjonalności, dostępności, itp. W ocenie Odwołującego, zastosowane przez zamawiającego wymaganie jest technicznie nieuzasadnione, nieadekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia a jednocześnie ogranicza możliwość oferowania, przez część potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, własnych rozwiązań opartych na połączeniu wspomnianych funkcji. Odwołujący podnosił, że określone przez zamawiającego w treści SIWZ wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych

wykonawców i producentów. Każde odstępianie od zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez formułowanie wymogów nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05): „Ważne jest również, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych). Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.” Również Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w sprawie opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób: „Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 r., KIO/UZP 872/09, LEX nr 511921). Zwrócił również uwagę na treść opinii Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie „Opisu przedmiotu zamówienia,” gdzie stwierdzono, iż art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Urzędu „zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r., stwierdzający, iż zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je

spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (...). Zamawiający pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 1 pkt. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek." Tak też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02) przyjął że: „Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny."

W ocenie odwołującego, niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował niedozwolone, subiektywne postanowienia, które faworyzują jednego bądź część potencjalnych wykonawców.

Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający w innych prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stosując uprzednio kwestionowane przez odwołującego się wymagania dotyczące blokady liniowej, w efekcie wniesionych protestów, eliminował z treści SIWZ identyczne a kwestionowane postanowienia, uznając za zasadne twierdzenia podnoszone w proteście - tak w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robot budowlanych dla kompleksowej modernizacji stacji i szlaków w obszarze LCS Działdowo w ramach Projektu nr 2005/PL/16/C/PT/001 „Modernizacja linii kolejowej E65 odcinek Warszawa - Gdynia, etap II" w Polsce - przetarg FS Nr 2005/PL/16/C/PT/001-05 A(p)." W opinii odwołującego, odmienne formułowanie wymagań niniejszego postępowania od postępowania przytoczonego powyżej, w zakresie stosowania blokady liniowej, nie znajduje żadnego uzasadnienia.

B. W odniesieniu do możliwości zastosowania blokady zintegrowanej przy wyodrębnieniu dostawy i zabudowy urządzeń srk w ramach jednego postępowania, odwołujący się podtrzymał zarzuty i wywody zwarte w części A powyżej, a dodatkowo podnosił, że w przedmiotowej sprawie doszło do istotnego ograniczenia konkurencji również przez nieuprawnione i nieuzasadnione dokonanie rozdzielenia zamówienia - dostawy systemów sterowania ruchem kolejowym (srk) w ramach różnych czterech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem w tym samym czasie (ogłoszenia z dnia 30

kwietnia i 1 maja 2010 r.) zamawiający ogłosił cztery postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację linii kolejowej E 30, etap II - odcinek Zabrze - Katowice - Kraków”. Przetarg nr 1 obejmuje modernizację odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia, Przetarg nr 2 modernizację odcinka Trzebinia - Krzeszowice, Przetarg nr 3 modernizację odcinka Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy, Przetarg nr 4 natomiast dotyczy wykonania sygnalizacji dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa; LCS Trzebinia; LCS Kraków Mydlniki.

W ramach trzech ww. przetargów zamawiający wymaga m.in. przeprowadzenia modernizacji urządzeń zewnętrznych srk i telekomunikacji w zakresie zabudowy:

- napędów zwrotnicowych;
- sygnalizatorów na stacjach i szlakach;
- urządzeń samoczynnej blokady liniowej;
- samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp);
- sieci kablowej dla urządzeń srk i telekomunikacji na stacjach i wszystkich przyległych szlakach i stacjach do LCS;
- urządzeń detekcji stanów awaryjnych taboru.

Oddzielny przetarg nr 4 - Sygnalizacja dla obszaru: LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia, LCS Kraków Mydlniki (km 6,847 linii Nr 134 do km 67,636 linii Nr 133) jest przewidziany dla robót związanych z przebudową istniejących urządzeń wewnętrznych srk, zabudową docelowych komputerowych urządzeń srk i zabudową urządzeń telekomunikacyjnych dla LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia i LCS Kraków Mydlniki.

W przekonaniu odwołującego, taki podział zamówień powoduje, że wykonawcy, którzy uzyskają zamówienia w ww. postępowaniach będą musieli dostosować swoje urządzenia do współpracy z systemami przewidzianymi do zabudowy w innych postępowaniach. Z uwagi na to, iż terminy składania ofert są takie same, w dacie sporządzania ofert, wykonawcy nie będą dysponowali wiedzą do jakich urządzeń srk mają dostosować oferowane przez siebie. W ramach Przetargu nr 1, Przetargu nr 2 i Przetargu nr 3 mogą zostać zaoferowane urządzenia, które mogą pochodzić od różnych producentów. Zaś powiązanie się z wieloma typami różnych urządzeń (trudnymi do zdefiniowania na etapie przetargu) spowoduje istotny wzrost kosztów, niezwykle trudny do oszacowania na etapie składania oferty. Z uwagi na działanie w warunkach tak znacznej niepewności w zakresie koniecznych do wykonania prac i zastosowania urządzeń na etapie przetargu, zdaniem odwołującego, w zasadzie niemożliwe jest przygotowanie przez wykonawców rzetelnie wycenionej oferty oraz deklaracja spełnienia wymagań technicznych i zgodności z obowiązującymi przepisami, bowiem już na obecnym etapie rodzić się mogą obawy, że zastosowanie różnych konfiguracji systemów srk może wymagać konieczności dokonania ich np. ponownej certyfikacji przez Urząd Transportu Kolejowego (dalej UTK). Wyjaśniał, iż

wydawanie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego należy do zadań Prezesa UTK w zakresie nadzoru technicznego nad eksploatacją linii kolejowych i bezpieczeństwem ruchu kolejowego (art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. 2007, nr 16, poz. 94 z późn. zm. – dalej ustawy Tk). Szczegółowe warunki wydawania świadectw dopuszczenia określone zostały przez ustawodawcę w art. 23 ustawy Tk oraz w treści wydanego na jej podstawie rozporządzenia. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Tk: zarządca, przewoźnik kolejowy i użytkownik bocznic kolejowej oraz przedsiębiorca wykonujący przewozy w obrębie bocznic kolejowej mogą eksploatować wyłącznie typy budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego i typy pojazdów kolejowych, na które Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia typu do eksploatacji. O uzyskanie świadectw dopuszczenia mogą ubiegać się ich producenci lub wykonawcy, oraz podmioty o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Tk. Zgodnie z art. 4 pkt. 16) ustawy Tk świadectwo dopuszczenia jest to dokument uprawniający do użytkowania danego typu budowli albo typu urządzeń do prowadzenia ruchu kolejowego. W myśl art. 4 pkt. 14) ww. ustawy za typ budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego uznaje się budowle i urządzenia lub systemy o takich samych parametrach technicznych i eksploatacyjnych. Oznacza to, w opinii odwołującego, iż w przypadku zmiany, nawet nieznacznej, parametrów technicznych lub eksploatacyjnych urządzenia srk konieczne stanie się uzyskanie nowego świadectwa dopuszczenia. Wywodził dalej, że na polskim rynku są stosowane stacyjne systemy sterowania (znajdujące się w zakresie przedmiotu zamówienia Przetargu nr 4), posiadające wymagane świadectwa UTK z postanowieniami ograniczającymi ich współpracę do jednego typu licznika osi (które znajdują się w zakresie przedmiotu zamówienia określonego w SWIZ na Przetargi nr 1, nr 2 i nr 3. W tej sytuacji prawdopodobnym jest zaoferowanie do zabudowania w ramach Przetargu nr 4 urządzeń z wskazanymi wyżej ograniczeniami, a w ramach pozostałych przetargów urządzeń innych niż wyspecyfikowane w posiadanych świadectwach dopuszczenia. Odwołujący podał, iż we wszystkich wyżej wymienionych postępowaniach, zamawiający określił i postawił jako wymóg w SIWZ konieczność współpracy pomiędzy wykonawcami wszystkich czterech przetargów w zakresie zabudowy urządzeń srk (postanowienie Tomu III Program Funkcjonalno - Użytkowy, punkt 1.1. opis projektu). Współpraca ta jednak nie może sprowadzać się do narzucania wykonawcom zastosowania rozwiązań konkretnych producentów sprzętu, bowiem jest to niezgodne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego, nie zapewnia to ustalenia - kto ponosić ma koszty dostosowania oferowanych urządzeń srk do wymagań innych systemów, kto ponosić ma koszty interfejsów, kto poniesie odpowiedzialność za integralność wszystkich systemów. Podział dostawy i zabudowy srk na 4 postępowania może w ocenie odwołującego,

spowodować swoiste „przerzucanie odpowiedzialności” przez dostawców srk przy wymuszonej współpracy dla niezależnie produkowanych systemów.

Ponadto odwołujący przyznał, iż zamawiający wymaga również, aby zabudowane urządzenia były w pełni kompatybilne z systemem ERTMS/ETCS poziom II i zapewniały możliwość ich docelowego włączenia w ten system. Odwołujący przekonywał, iż w opisanych wyżej okolicznościach utrudnione jest spełnienie powyższego wymagania, bowiem na każdej z linii mogą zostać zabudowane urządzenia o innych parametrach, których zharmonizowanie w jeden system, kompatybilny ponadto z systemem ERTMS/ETCS będzie wymagało zastosowania dodatkowych rozwiązań, których wycena na obecnym etapie postępowania jest w zasadzie niemożliwa.

Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający utrudnił sobie, a wręcz uniemożliwił taki opis przedmiotu zamówienia, który zapewniałby uczciwą konkurencję, a jednocześnie nie budził wątpliwości co do stawianych wykonawcom wymagań technicznych, materiałowych czy funkcjonalnych. Odwołujący wyraził obawę, iż zastosowanie podziału branży srk pomiędzy różne, lecz wzajemnie się przenikające przetargi, spowoduje zwiększenie kosztów każdego z projektów, grozi niedotrzymaniem terminów, jak również ogranicza w znaczny sposób konkurencję, bowiem wszyscy wykonawcy będą musieli zastosować urządzenia producenta, który pierwszy uzyska jakiegokolwiek formalne potwierdzenie zastosowania swoich urządzeń, np. zaakceptowany przez PLK projekt budowlany. Wskazywał, iż wykonawcom uniemożliwiono złożenie kompletnej oferty, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ dla Przetargu nr 1, Przetargu nr 2 i Przetargu nr 3, zapisanymi w tomie III Programu Funkcjonalno - Użytkowego, Sekcja 1 – Informacje i wymagania ogólne, pkt. 2 Ogólne wymagania techniczne, wymagane jest by: „Wykonawca w przedstawionej ofercie zaprezentował technologię budowy urządzeń i systemów zapewniającą ciągłość ruchu kolejowego”. Przedstawienie spójnej i wiarygodnej technologii budowy urządzeń srk jest niemożliwe bez zdefiniowania typu i parametrów wszystkich komponentów systemu srk, które na chwilę obecną są ulokowane w różnych przetargach i będą one wykonywane przez różnych wykonawców. Odwołujący podnosił, iż uzasadnionym jest wydzielenie całej części przedmiotu zamówienia, dotyczącej dostawy i zabudowy urządzeń srk do jednego postępowania (Przetargu nr 4). Winno to zdaniem odwołującego nastąpić zgodnie z przepisami ustawy Pzp przez nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w ramach Przetargów nr 1, nr 2 i nr 3, przez wydzielenie z nich części przedmiotu zamówienia dotyczącego dostawy i zabudowy urządzeń srk oraz rozszerzenie przedmiotu zamówienia w ramach Przetargu nr 4 o postanowienia dotyczące dostawy i zabudowy urządzeń srk znajdujące się aktualnie w postępowaniach nr 1, nr 2 i nr 3.

W sprawie sygn. akt: KIO 859 /10 odwołujący wnosil o nakazanie:

1. dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:

a) w tomie III, Sekcja 2 - STWiORB, Część A - Urządzenia automatyki kolejowej, pkt 3.4.1 Założenia ogólne, pierwszy akapit, zamawiający umieścił wymóg w brzmieniu „Urządzenia zdalnego sterowania nie muszą spełniać warunków bezpieczeństwa” - wnosimy o zmianę powyższego postanowienia na „Urządzenia zdalnego sterowania muszą spełniać wymagania bezpieczeństwa poziomu 2, a w zakresie realizacji poleceń specjalnych poziomu 4.”

2. nakazanie zamawiającemu nie dokonywania podziału zamówienia w zakresie dostawy i montażu systemów sterowania ruchem kolejowym w ramach czterech różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i połączenie w ramach niniejszego postępowania dostawy i zabudowy całego systemu sterowania ruchem kolejowym, to jest zabudowy urządzeń wraz z sygnalizacją oraz modernizacją istniejących urządzeń wewnętrznych sterowania ruchem kolejowym dla całej linii, zabudową docelowych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz zabudową urządzeń telekomunikacyjnych dla LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia oraz LCS Kraków Mydlniki; a także, w ramach tego połączonego postępowania ukształtowania SIWZ w taki sposób, aby:

3. dopuszczona została możliwość zastosowania w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym blokada zintegrowana w systemie urządzeń nastawczych, dzięki której możliwe będzie ograniczenie kosztów budowy i eksploatacji blokady samoczynnej bez utraty funkcjonalności działania systemu;

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podnosi co następuje.

A. W zakresie zmiany SIWZ dotyczącej spełnienia warunków bezpieczeństwa, zamawiający w niniejszym postępowaniu, w tomie III, Sekcja 2 - STWiORB, Część A - Urządzenia automatyki kolejowej, pkt 3.4.1 Założenia ogólne, pierwszy akapit, stwierdza: „Urządzenia zdalnego sterowania nie muszą spełniać warunków bezpieczeństwa.” W opinii odwołującego, tak określone przez zamawiającego wymagania dla systemu zdalnego sterowania są niezgodne z „Wymaganiami bezpieczeństwa dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym - praca CNTK z lutego 1998r., zatwierdzona przez DG PKP, Naczelny Zarząd Automatyki i Telekomunikacji, pismem nr KA2b-5400-01/98 z dnia 1998-02-06”, (zwane dalej „Wymaganiami”), które to są przytoczone w tomie III, Sekcja 2 - STWiORB, Część A - Urządzenia automatyki kolejowej, w pkt 9 Przepisy związane, jako obowiązujące przy projektowaniu, wykonawstwie i odbiorze.

Wymagania w punkcie 4 Poziomy bezpieczeństwa systemów srk, Tabela 2, precyzyjnie określają na następujących poziomach bezpieczeństwo dla systemów i urządzeń srk:

- a) urządzenia zdalnego sterowania - poziom 2 (SIL2);
- b) urządzenia zdalnego sterowania (w zakresie realizacji poleceń specjalnych) - poziom 4 (SIL4).

Odstąpienie w niniejszym postępowaniu od powszechnie stosowanych przez PKP PLK S.A. wymagań spowodować może zagrożenie bezpieczeństwa ruchu kolejowego oraz narusza zasady uczciwej konkurencji, przez jednostkowe dopuszczenie do udziału w przetargu wykonawców oferujących systemy i urządzenia o niższych parametrach bezpieczeństwa niż produkty wykonawców spełniających narzucone przez PKP PLK S.A. obowiązkowe standardy.

B. W zakresie możliwości wyodrębnienia dostawy i zabudowy urządzeń srk w ramach jednego postępowania, odwołujący wywołał, iż w przedmiotowej sprawie - zabudowy urządzeń srk, doszło do istotnego ograniczenia konkurencji przez nieuprawnione i nieuzasadnione dokonanie rozdzielania zamówienia - dostawy systemów sterowania ruchem kolejowym (srk) w ramach różnych czterech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Podał, iż niniejszy Przetarg nr 4 - Sygnalizacja dla obszaru: LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia, LCS Kraków Mydlniki (km 6,847 linii Nr 134 do km 67,636 linii Nr 133) jest przewidziany dla robót związanych z przebudową istniejących urządzeń wewnętrznych srk, zabudową docelowych komputerowych urządzeń srk i zabudową urządzeń telekomunikacyjnych dla LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia i LCS Kraków Mydlniki. Ponadto odwołujący ponowił argumentację zawartą w odwołaniach w sprawach Sygn. akt: KIO 851 /10; Sygn. akt: KIO 852 /10; Sygn. akt: KIO 853 /10. Przywołał to odwołującego do wniosków, iż taki podział zamówień powoduje, że wykonawcy, którzy uzyskają zamówienia w ww. postępowaniach będą musieli dostosować swoje urządzenia do współpracy z systemami przewidzianymi do zabudowy w innych postępowaniach, gdyż mogą zostać zaoferowane urządzenia, które mogą pochodzić od różnych producentów. W przekonaniu odwołującego nie jest możliwe przygotowanie przez wykonawców rzetelnie wycenionej oferty oraz zadeklarowanie spełnienia wymagań technicznych i zgodności z obowiązującymi przepisami, bowiem stwarza to obawy, że zastosowanie różnych konfiguracji systemów srk może wymagać konieczności dokonania ich np. ponownej certyfikacji przez Urząd Transportu Kolejowego (dalej UTK). Podkreślał, iż zamawiający określił i postawił jako wymóg w SIWZ konieczność współpracy pomiędzy wykonawcami wszystkich czterech przetargów w zakresie zabudowy urządzeń srk (postanowienie Tomu III Program Funkcjonalno - użytkowy, punkt 1.1. opis projektu). Współpraca ta jednak nie może sprowadzać się do narzucania wykonawcom zastosowania rozwiązań konkretnych

producentów sprzętu, bowiem jest to niezgodne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych. SIWZ nie zapewnia ustalenia kto ponosić ma koszty dostosowania wymagań oferowanych urządzeń srk do wymagań innych systemów. Odwołujący zapytywał, kto ponosić ma koszty interfejsów, kto poniesie odpowiedzialność za integralność wszystkich systemów. Podział dostawy i zabudowy srk na 4 postępowania spowodować może swoiste „przerzucanie odpowiedzialności” przez dostawców srk przy wymuszonej współpracy dla niezależnie produkowanych systemów.

Odwołujący zaznaczał, iż wymóg, aby zabudowane urządzenia były w pełni kompatybilne z systemem ERTMS/ETCS poziom II i zapewniały możliwość ich docelowego włączenia w ten system, jest znacznie utrudniony do spełnienia, bowiem na każdej z linii mogą zostać zabudowane urządzenia o innych parametrach, których zharmonizowanie w jeden system, kompatybilny ponadto z systemem ERTMS/ETCS będzie wymagało zastosowania dodatkowych rozwiązań, których wycena na obecnym etapie postępowania jest w zasadzie niemożliwa. Odwołujący podtrzymał zarzuty, iż zamawiający utrudnił sobie, a wręcz uniemożliwił taki opis przedmiotu zamówienia, który zapewniałby uczciwą konkurencję, a jednocześnie nie budził wątpliwości co do stawianych wykonawcom wymagań technicznych, materiałowych czy funkcjonalnych. Zwracał uwagę, iż zastosowanie podziału branży srk pomiędzy różne, lecz wzajemnie się przenikające przetargi, spowoduje zwiększenie kosztów każdego z projektów, grozi niedotrzymaniem terminów, jak również ogranicza konkurencję, bowiem wszyscy wykonawcy będą musieli zastosować urządzenia producenta, który pierwszy uzyska jakiegokolwiek formalne potwierdzenie zastosowania swoich urządzeń, np. zaakceptowany przez PLK projekt budowlany. Wskazywał, iż wykonawcom uniemożliwiono złożenie kompletnej oferty, gdyż zgodnie ze SIWZ dla Przetargu nr 1, Przetargu nr 2 i Przetargu nr 3, zapisanymi w tomie III Programu Funkcjonalno - Użytkowego, Sekcja 1 - Informacje i wymagania ogólne, pkt. 2 Ogólne wymagania techniczne, wymagane jest by: „Wykonawca w przedstawionej ofercie zaprezentował technologię budowy urządzeń i systemów zapewniającą ciągłość ruchu kolejowego.” Przedstawienie spójnej i wiarygodnej technologii budowy urządzeń srk jest niemożliwe bez zdefiniowania typu i parametrów wszystkich komponentów systemu srk, które na chwilę obecną są ulokowane w różnych przetargach i mogą być wykonywane przez różnych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe odwołujący za uzasadnione uznawał wydzielenie całej części przedmiotu zamówienia, dotyczącej dostawy i zabudowy urządzeń srk do jednego postępowania (Przetargu nr 4) - przez nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w ramach Przetargów nr 1, nr 2 i nr 3, przez wydzielenie z nich części przedmiotu zamówienia dotyczącego dostawy i zabudowy urządzeń srk oraz rozszerzenie przedmiotu

zamówienia w ramach Przetargu nr 4 o postanowienia dotyczące dostawy i zabudowy urządzeń srk znajdujące się aktualnie w postępowaniach nr 1, nr 2 i nr 3.

C. w zakresie możliwości zastosowania blokady zintegrowanej po dokonaniu połączenia zamówienia dostawy i zabudowy urządzeń srk w ramach Przetargu nr 4, odwołujący poczytał za istotne dopuszczenie przez zamawiającego możliwości zastosowania blokady zintegrowanej, bowiem odmienne uregulowanie tejże kwestii prowadziłoby (tak, jak ma to miejsce w ocenie odwołującego, w ramach Przetargów nr 1, nr 2 i nr 3) do istotnego ograniczenia uczciwej konkurencji. Odwołujący ponowił argumentację przytoczoną w uzasadnieniu odwołań w sprawach Sygn. akt: KIO 851 /10; Sygn. akt: KIO 852 /10; Sygn. akt: KIO 853 /10, że wymagania zamawiającego dotyczące autonomizacji urządzeń blokady liniowej, naruszają przepisy ustawy Pzp. Żądane przez zamawiającego rozwiązanie powoduje konieczność zabudowy osobnego systemu dla obsługi blokady samoczynnej. W konsekwencji jest ono nieekonomiczne, bowiem skutkuje znacznym wzrostem kosztów budowy urządzeń srk w projekcie, a także wzrostem kosztów eksploatacji bez korzyści w postaci lepszej funkcjonalności, dostępności, itp. W ocenie Odwołującego się, zastosowane przez zamawiającego wymagania jest technicznie nieuzasadnione, nieadekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie ogranicza możliwość oferowania, przez część potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego się, własnych rozwiązań opartych na połączeniu wspomnianych funkcji. Odwołujący podnosił, że wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych wykonawców i producentów. W ocenie odwołującego, postawione zostały wymogi nadmierne. Odwołujący podtrzymał zarzut, iż zamawiający przez sztuczne wydzielenie przedmiotu zamówienia dotyczącego automatyki kolejowej do czterech przetargów dotyczących tej samej linii kolejowej w znaczący sposób utrudnia wykonawcom złożenie prawidłowej i rzetelnej oferty, a w szczególności oszacowanie kosztów zabudowy urządzeń srk.

Wobec wszczęcia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołań, po dacie wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszych spraw zastosowanie znajdują przepisy w brzmieniu znowelizowanym.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 maja 2010 r. do postępowań odwoławczych w terminie określonym przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z faktem, iż po otwarciu posiedzenia Izby z udziałem stron, odwołujący udzielił odpowiedzi ustnie do protokołu posiedzenia w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w której uznał w całości zarzuty podnoszone w odwołaniach w sprawach: sygn. akt KIO 851/10; sygn. akt: KIO 852 /10; sygn. akt: KIO 853 /10, sygn. akt KIO 859/10 oraz ograniczone przez odwołującego żądania, zaś odwołujący przyznał, iż uznanie dokonane przez zamawiającego w całości wyczerpuje zarzuty i żądania, zawarte we wniesionych odwołaniach, rozpoznawanych w sprawach o sygnaturach akt wyżej podanych, Izba zdecydowała, iż kierowanie tych spraw do rozpoznania na rozprawie stało się bezprzedmiotowe.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowań odwoławczych, skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2010 r. do łącznego rozpoznania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zdaniem składu orzekającego, wykładnia cytowanego przepisu prowadzi do wniosków, iż wobec uprawnienia Izby do wydania postanowienia w przedmiocie umorzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, jest także dopuszczalne umorzenie postępowania po przeprowadzeniu posiedzenia, w razie uznania zarzutów złożonych odwołań w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron, gdyż przesłanką do umorzenia postępowań jest uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten nie sprzeciwia się ograniczeniu żądań w trakcie posiedzenia Izby, tak jak uczynił to odwołujący, w szczególności, iż do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca zainteresowany złożeniem oferty.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnił zarzuty wniesionych odwołań dopiero po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, zatem zobowiązany jest ponieść na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego, obejmujące wniesione kwoty wpisów oraz uzasadnione koszty strony, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), który stanowi, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu, kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy, albo po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonych wpisów w kwocie łącznej 80 000,00 zł. koszty zastępstwa prawnego przez pełnomocnika w kwocie łącznej 14 400,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. Przepis art. 186 ust. 6 pkt 1 o wzajemnym zniesieniu kosztów przy umorzeniu postępowania w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 tegoż artykułu 186 ustawy Pzp, odnosi się do umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. W rozpoznawanych sprawach sytuacja taka nie miała miejsca.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....