

Sygn. akt: KIO 697/12

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 18 kwietnia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **18 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 kwietnia 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. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** 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 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

I. 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 (dalej: Zamawiający) ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nr 2011/S 247-401088 z 23 grudnia 2011 r.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10.04.2012 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniesione przez Consortia Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa (dalej: Odwołujący), w którym wskazywano na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.
2. art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zamiany zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zaskarżonym zakresie poprzez wykreślenie w całości ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania zawartego w punkcie 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 .

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13, formułuje następujące wymagania:

„ 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 NSS2U 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 (OTD1) 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). ”

Odwołujący podnosił również, że dnia 30 marca 2012 r. na stronie internetowej Zamawiający umieścił pytanie jednego z wykonawców, które brzmiało: „*Pytanie a, b, c, do PFU punkt 11.4.2.10 1/4.2.10 Wymagania na zarządzanie systemem BSS1*

*Zamawiający wymaga, aby dostarczona przez Wykonawcę infrastruktura stacji bazowych BSS była funkcjonalnie całkowicie zintegrowana z budowaną, w ramach instalacji pilotażowej n, odcinku Legnica - Węglińiec, infrastrukturą sieciową NSS GSM-R dostarczoną przez firmę Kapsch sp. z o.o. w wersji NSS 20*

*Pytanie*

*a. Co dokładnie oznacza/opisuje NSS GSM-R dostarczoną przez firmę Kapsch sp. z o.o. w wersji NSS 20?*

*h. Jaka jest specyfikacja techniczna i funkcjonalna budowanej infrastruktury NSS GSM-R firmy Kapsch sp. z o.o. ?*

*c. Jakie są parametry techniczne i funkcjonalne wersji NSS 20?" na które Zamawiający odpowiedział:*

*„Specyfikacja podsystemu w wersji NSS 20 jest własnością firmy Kapsch sp. z o.o. Wykonawca powinien wystąpić do firmy Kapsch z prośbą o wgląd do tej specyfikacji. Zamawiający podkreśla jednocześnie, że wersja NSS 20 jest w całości zgodna z publicznie dostępną specyfikacją 3GPP Release 4 oraz z odpowiednimi specyfikacjami E1RENE (SRS i FRS) ”*

Zdaniem Odwołującego, powyższa odpowiedź Zamawiającego stanowi zmianę SIWZ zarówno w punkcie, którego dotyczy pytanie - czyli 11.4.2.10 - jak i punktu 11.4.9.13 SIWZ, którego dotyczy odwołanie. Odwołujący przyznawał, że co prawda Zamawiający nie stwierdził wprost, że powyższa odpowiedź na pytanie zmienia treść SIWZ, nie mniej jednak w jego ocenie faktycznie taką zmianę stanowi, albowiem wprowadza wymóg, którego w pierwotnej treści SIWZ nie było, a mianowicie konieczność uzyskania przez Wykonawców informacji niezbędnych do złożenia oferty od firmy Kapsch sp. z o.o., a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO modyfikacja SIWZ ma miejsce wtedy, gdy faktycznie wskazuje na to treść pisma zamawiającego, nie stanowi zaś o tym formalna nazwa nadana korespondencji przez zamawiającego. (vide postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dn. 01.06.2011 r. KIO 1063/11).

Według wiedzy Odwołującego NSS20 jest to najnowsza wersja oprogramowania wyprodukowana przez firmę Kapsch CarrierCom na platformę R4 (aTCA) dla technologii GSM-R i do tej pory nie ma na świecie żadnej komercyjnej instalacji wraz z tą najnowszą wersją oprogramowania NSS20, w szczególności na platformie R4 (aTCA), która współpracowałby z radiową siecią dostępową (BSS) jakiegokolwiek innego dostawcy technologii GSM-R. W konsekwencji powyższe wymagania SIWZ jest w stanie spełnić wyłącznie firma Kapsch ponieważ sama dostarcza sprzęt współpracujący z innym sprzętem własnej produkcji.

Odwołujący podkreślał, że możliwe jest zintegrowanie systemu z rozwiązaniem NSS20 bazującym na platformie R4 (aTCA), jeśli tylko rozwiązanie Kapsch spełnia publicznie dostępną specyfikację 3GPP R4 - przy czym warunek ten musi być spełniony zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na pytanie (pytanie 366). W opinii Odwołującego czym innym jest wymaganie spełnienia standardów przez Wykonawcę, które gwarantują interoperacyjność, a czym innym jest wymaganie wykazania się testami IOT, które muszą być wykonane przy współpracy podmiotu będącego konkurencją dla firmy Kapsch. W sytuacji wykreowanej przez Zamawiającego Kapsch ma możliwość uniemożliwienia innym wykonawcom złożenia oferty spełniającej wymagania SIWZ.

W ten sposób cytowana powyżej odpowiedź Zamawiającego na pytanie sprawa zdaniem Odwołującego, że istnieje tylko jedna firma, która spełnia powyższe wymagania SIWZ, albowiem przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu nikt nie mógł wiedzieć, jaka ostateczna konfiguracja będzie wymagana, więc nie mógł wykonać takich testów. Wskazywał, że nie jest znana konfiguracja NSS20 firmy Kapsch, którą posiada Zamawiający, a która powinna być jednym z elementów biorących udział w testach wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, iż obecne zapisy SIWZ w rozdziale 1 1.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13, zamiast określić niezbędny wymagany zakres doświadczenia Dostawców w wykonywaniu testów IOT, praktycznie wskazuje tylko i wyłącznie na jednego producenta, który jest w stanie je spełnić, a dodatkowo Zamawiający w jawny sposób uzależnia możliwość złożenia oferty przez Wykonawców, od dobrej woli jednego z dostawców czyli firmy Kapsch.

Taki sposób sformułowania SIWZ stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a biorąc pod uwagę, iż środki na projekt pochodzą w dużej części z funduszy europejskich Zamawiający powinien tym bardziej stosować zapisy, które nie dyskryminują żadnego z dostawców.

Ze względu na powyższe, wniosek o wykreślenie w całości wymagania 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Odwołujący uznawał za uzasadniony.

Zamawiający na posiedzeniu złożył wniosek o odrzucenie przedmiotowego odwołania, ponieważ zostało złożone po upływie 10 dniowego terminu od dnia opublikowania zmiany specyfikacji. Postanowienie kwestionowane w odwołaniu było Odwołującemu znane znacznie wcześniej, o czym świadczą odwołania (odpisy których składa do akt sprawy) z dnia 30 grudnia 2011 r. i 20 lutego 2012 r. w których Odwołujący posługuje się argumentacją taką samą jak w niniejszym odwołaniu. Zamawiający podał, iż odwołanie z dnia 30 grudnia 2011 r. zostało odrzucone przez Izbę, natomiast odwołanie z dnia 20 lutego zakończyło się umorzeniem postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w całości i wypełnieniem jednego z alternatywnych żądań.

**II.** Izba stwierdziła, co następuje: wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania jest uzasadniony, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W dniu 30 grudnia 2011 r. Odwołujący złożył pierwsze odwołanie, w którym kwestionował prawidłowość punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ, i skarżył naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.. Wskazywał m.in., iż „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”.

Ponieważ nie uiszczono wpisu od odwołania, postępowanie odwoławcze zakończyło się postanowieniem sygn. akt KIO 2811/11.

2. Następnie w dniu 20 lutego 2012 r. wpłynęło odwołanie, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji,

2. art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tymże odwołaniu Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zamiany zapisów Ogłoszenia i SIWZ w zaskarżonym zakresie w sposób wskazany w odwołaniu. Powołując się na okoliczność, że zdaniem Odwołującego, Zamawiający oczekuje od Wykonawców zobowiązania się do spełnienia standardów i specyfikacji, które są możliwe do spełnienia jedynie przez dostawcę NSS20, wnosił 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).”*

Uzasadniając odwołanie wniesione w dniu 20 lutego br., Odwołujący argumentował, iż dnia 10 lutego 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](http://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](http://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](http://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 (taka sama argumentacja była podnoszona w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2811/11).

W dniu 1 marca .2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Wskazał, że uznaje przedstawione odwołanie

w zakresie żądania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania poprzez wykreślenie w całości pkt 11.4.5 PFU zawartego w tomie III SIWZ (uczynił zadość jednemu z żądań alternatywnych).

Na tej podstawie Izba uznała, iż postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem z dnia 20 lutego 2012 r.– stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych - należało umorzyć; wydano postanowienie sygn. akt KIO 354/12.

4.Następnie w dniu 10 kwietnia Odwołujący wniósł kolejne odwołanie, w którym kwestionował prawidłowość punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ. Argumentacja przedmiotowego odwołania została przedstawiona w części I.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że Odwołujący już w dniu 30 grudnia 2011 r. miał świadomość potencjalnej wadliwości opisu przedmiotu zamówienia i niezamieszczenia w nim wszystkich elementów, pozwalających na przygotowanie oferty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający bowiem ma prawo oczekiwać, aby zamawiany system był spójny z systemem przez niego posiadany – jednak opisu systemu (dokumentacja systemu NSS20, jego parametry, pozwalające na określenie możliwej interoperacyjności) nie były zawarte w SIWZ od samego początku. Odwołujący wiedział o tej okoliczności (tj. braku polegającego na nieprzedstawieniu dokumentacji systemu NSS20) co najmniej w dniu złożenia pierwszego z trzech odwołań, kwestionujących prawidłowość punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ. Wynika to jednoznacznie z argumentacji każdego z trzech odwołań (w niniejszym uzasadnieniu wyróżniono zbieżne elementy za pomocą podkreśleń). Odwołujący jednak nie domagał się załączenia brakującej dokumentacji do SIWZ, a w odwołaniu sygn. akt KIO 354/12 sformułował żądanie alternatywne – jednym z żądań była modyfikacja punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, jednak Zamawiający wybrał drugą z proponowanych przez Odwołującego możliwości – i uwzględnił odwołanie, spełniając drugie z żądań alternatywnych odwołania.

W ocenie Izby w takich okolicznościach Odwołujący nie ma prawa podnosić kolejny raz tych samych zarzutów. Odwołujący przyjął, że bieg terminu na wniesienie odwołania biegł od dnia udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi w dniu 30 marca br. Jednak odpowiedź Zamawiającego, gdzie Zamawiający wskazał, u kogo znajduje się dokumentacja systemu NSS20, nie wniosła do SIWZ żadnej nowej informacji, której nie było w niej wcześniej – dokumentacji systemu NSS20 nie było od samego początku, i trudności w przygotowaniu oferty z tym związane były przedmiotem poprzednio już dwóch odwołań.

W ocenie Izby taka odpowiedź Zamawiającego, wobec dotychczasowej treści SIWZ i świadomości Odwołującego zarówno co do braku dokumentacji systemu NSS20, jak i tego, u kogo się ona znajduje, nie mogła przywrócić terminu do wniesienia odwołania. W konsekwencji Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione po upływie przewidzianego terminu, co jest przesłanką odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Równocześnie Izba uznała, że zachodzi druga przesłanka odrzucenia odwołania, a mianowicie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, bowiem odwołanie dotyczyło czynności, którą Zamawiający wykonał, zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez siebie odwołaniu sygn. akt KIO 354/12. W przywołanym postępowaniu odwoławczym Odwołujący wnosił już o modyfikację punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, jednak sformułował to żądanie jako żądanie alternatywne i Zamawiający wybrał uczynienie zadość drugiemu z żądań, do czego miał prawo.

Powyższej oceny tej nie może zmienić okoliczność, że w przedmiotowym odwołaniu Odwołujący wnosił o wykreślenie punktu 11.4.9 Integracja BSS z infrastrukturą GSM-R, punkt 13 SIWZ w całości (a w odwołaniu sygn. akt KIO 354/12 o jego modyfikację), ponieważ zarzuty obu odwołań i ich argumentacja była zbliżona; Izba wobec faktu, że merytoryczne rozpatrzenie przedmiotowego odwołania nie było możliwe, nie odnosiła się do kwestii, czy w ogóle można byłoby uczynić zadość żądaniu zawartemu w przedmiotowym odwołaniu i nakazać Zamawiającemu całkowitą rezygnację w wymogów co do interoperacyjności systemu już posiadanego z zamawianym. Tak więc Odwołujący sformułował już wcześniej żądanie zbieżne z żądaniem niniejszego odwołania, a żądanie poparł analogiczną argumentacją, podnosząc te same zarzuty, i prezentując świadomość co do braku załączenia do SIWZ dokumentacji systemu NSS20 w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 354/12. Zatem Izba stwierdziła, że zaistniała podstawa do uznania, że w tych okolicznościach, wobec treści odwołania sygn. akt KIO 354/12 i sygn. akt KIO 657/12, przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez siebie odwołaniu sygn. akt KIO 354/12.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

**Przewodniczący:** .....