

**Sygn. akt: KIO 2029/18**

**Sygn. akt: KIO 2075/18**

**WYROK**  
**z dnia 22 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**  
**Monika Kawa-Ogorzałek**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawcę Thales Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (KIO 2029/18),
- B. w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (KIO 2075/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- a) wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2029/18 po stronie Odwołującego,
- b) wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2029/18 i KIO 2075/18 po stronie Odwołującego,
- c) Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2075/18 po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Thales Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:
- a. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - b. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od odwołujących Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, w tym:
- a. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 2029/18),
  - b. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 2075/18).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2029/18**

**Sygn. akt KIO 2075/18**

### **Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew-Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok”, znak sprawy 9090/IRZR1/15858/04647/18/P, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 sierpnia 2018 r. pod nr 2018/S 146-335227.

W dniu 5 października 2018 r. wykonawca Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Dalej – Odwołujący Thales lub Thales) wniósł odwołanie (KIO 2029/18), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2, 29 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp przez ustalenie przez Zamawiającego obowiązku zastosowania przez wykonawców składających oferty rozwiązań odnoszących się do Systemu PIP wskazanych w treści pytań o numerach 42 do 50 do SIWZ, co utrudniło Odwołującemu złożenie oferty w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję, a nadto mogło prowadzić do uprzywilejowania lub nawet wyeliminowania niektórych wykonawców, w okolicznościach gdy tak dokonana zmiana w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia,
2. art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp ze względu na fakt, że wprowadzony przez Zamawiającego obowiązek zastosowania rozwiązań dla Systemu PIP wskazanych w treści w/w pytań (w szczególności pyt. nr 48, 49, 50) spowodował niespójność i niejednoznaczność z rozwiązaniami wskazanymi w SIWZ. W konsekwencji wprowadzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wymogi dla Systemu PIP spowodowały brak jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia, co miało wpływ na sporządzenie oferty.

Z ostrożności, w przypadku gdyby otwarcie ofert nastąpiło przed rozstrzygnięciem odwołania i nie dokonania przez Zamawiającego żądanych zmian, Odwołujący podniósł zarzut naruszenia:

3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ naruszenie w/w przepisów art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, albowiem ograniczyło krąg potencjalnych wykonawców. Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący Thales wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści odpowiedzi na pytania Nr 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 przez dopuszczenie wskazanych rozwiązań opisanych w w/w pytaniach na zasadzie fakultatywnej, zamiast nałożonego na wszystkich wykonawców bezwzględnego obowiązku ich zastosowania, ewentualnie
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w przypadku, gdyby Zamawiający dokonał otwarcia ofert przed rozstrzygnięciem niniejszego postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W dniu 8 października 2018 r. wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (Dalej – Odwołujący ZUE lub ZUE) wniósł odwołanie (KIO 2075/18), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uchybienie obowiązkowi udzielenia wyjaśnień do treści SIWZ przez zaniechanie odpowiedzi na część pytań wykonawców, jak i udzielenie nieprecyzyjnych i niepełnych wyjaśnień w odniesieniu do części pytań wykonawców, a co za tym idzie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty; powyższe okoliczności doprowadziły do sytuacji, w której postępowanie jest prowadzone w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, co sprowadza się do niezapewnienia wykonawcom możliwości złożenia porównywalnych ofert.
2. art. 38 ust. 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert mimo zachodzącej ku temu przesłanki w postaci dokonania przez Zamawiającego zmian SIWZ w toku wyjaśnień udzielonych wykonawcom, w wyniku

czego niezbędne stało się zapewnienie dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, by zapewnić prowadzenie Postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nie rozpoznania odwołania przed terminem otwarcia ofert i dokonania ich otwarcia 9 października 2018 r., Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3. art. 38 ust. 6 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert i dokonanie ich otwarcia dnia 9 października 2018 r., co spowodowało, z uwagi na brak rzeczywistej możliwości oceny udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, brak możliwości złożenia przez wykonawców porównywalnych ofert, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Odwołujący ZUE wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. merytoryczne rozpatrzenie Odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytania nr 75, 764, 768, 1129 w odniesieniu do treści SIWZ;
3. nakazanie Zamawiającemu ponownego wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytania nr 760, 762 1182, 1184, 1189, 1190, 1192, 1253 w taki sposób, by usunąć istniejące niejednoznaczności i przedstawić opis przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i kompletny;
4. nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia przez wykonawców zmian w ofertach, tj. 14 (czternaście) dni od dnia następnego po dniu, w którym Zamawiający udostępni wykonawcom kompletne i wyczerpujące odpowiedzi na zadane pytania oraz dokumenty, których udostępnienie zapowiedział w udzielonych wyjaśnieniach;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa prawnego w sytuacji ustanowienia pełnomocnika;

W przypadku nie rozpoznania odwołania przed terminem otwarcia ofert Odwołujący wniósł w miejsce powyższych żądań o:

6. Unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert i dokonał ich otwarcia 9 października 2018, Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## **KIO 2029/18**

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający określił, że w zakres obowiązków wykonawcy, w ramach branży sterowania ruchem kolejowym, wchodzić będzie m.in. zabudowa systemu przekazywania informacji o pociągu. Wymogi Zamawiającego dotyczące Systemu Przekazywania informacji o pociągach (Dalej PIP), analogicznie jak w szeregu postępowań prowadzonych w ostatnich latach przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., zostały opisane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (Dalej – PFU), w części III SIWZ – Program Funkcjonalno-Użytkowy branży SRK, punkt 5.2.8, z określeniem funkcjonalności, które system ten będzie musiał spełniać. Ponadto, wymagania te określono przez odesłanie w SIWZ do obowiązującego w tym postępowaniu i wiążącego wykonawców, dokumentu wewnętrznego Zamawiającego pn. Założenia techniczno-eksploatacyjne kierowania i sterowania ruchem (SRK) dla PKP, uzgodnione z PKP DG KA - pismo nr KA2b-5458-05/97 z dnia 23.05.1997 r. (tak PFU - II część informacyjna, punkt 6.2, podpunkt 34) jak i Projekt Budowlany (np.: LCS Białystok A. Szlak Małkinia wraz ze stacją Czyżew (107,260 - 113,750) Tom II. Projekt Architektoniczno - Budowlany część 10 - sterowanie ruchem kolejowym, punkt 1.5). Założenia techniczno-eksploatacyjne, w punkcie 2.4 określają wprost założenia dla PIP. Tak skonstruowane, pierwotne postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym wymogów dla Systemu PIP były postanowieniami nie ograniczającymi konkurencji i zapewniały równe traktowanie wszystkich wykonawców. Sformułowany przez Zamawiającego opis wymogów dla Systemu pozwalał wykonawcom, pod warunkiem uwzględnienia wszystkich wymogów wskazanych w w/w Założeniach techniczno - eksploatacyjnych, na zabudowanie systemów stosowanych przez poszczególnych wykonawców, stosownie do ich autorskich rozwiązań. W zakresie doboru szczegółowych rozwiązań Zamawiający pozostawiał bowiem dowolność wykonawcy.

Zamawiający udzielając w dniu 25 września 2018 r. odpowiedzi na pytania do SIWZ od nr 42 do 50 (Nr pisma IRZRlc-216-E75-15/18 z dnia 25 września 2018 r. pt. Pytania i Odpowiedzi - część III), wprowadził nowe, nie sformułowane w SIWZ, wymogi dla Systemu PIP. Zamawiający stawiając wymogi określone w treści w/w odpowiedzi zaniechał ponadto wprowadzenia konsekwentnych zmian do pozostałej obowiązującej w tej mierze

dokumentacji przetargowej opisującej wymogi Systemu PIP, co spowodowało, że dokumenty te stały się wewnątrznie niespójne.

Analiza treści pytań od nr 42 do 50, w oparciu, o które Zamawiający wprowadził dla wykonawców obowiązek zastosowania wszystkich zasugerowanych w tych pytaniach rozwiązań dla Systemu PIP, w ocenie Odwołującego, prowadziła to do wniosku, że pytania te zostały skonstruowane w sposób sugerujący konkretne rozwiązania danego producenta/wykonawcy, a zatem w taki sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wprowadzenie przez Zamawiającego w pytaniach nr 42 do 50 nowych rozwiązań dla Systemu PIP, nie jako dopuszczalnych, ale wymaganych od wszystkich wykonawców, stanowiło faworyzowanie ich producenta. Co istotne, wprowadzenie wskazanych wymogów dla Systemu PIP nie było uzasadnione interesem Zamawiającego, ani innymi merytorycznymi względami. Nie dokonując koniecznej, formalnej modyfikacji SIWZ doprowadził on do zmiany funkcjonujących od lat założeń zarówno dla Systemu PIP, ale i innych systemów (których funkcjonalności nakazuje obecnie uwzględnić w Systemie PIP) przyjętych w zatwierdzonych przez właściwe organy Zamawiającego dokumentach wewnętrznych. Przykładowo, w ramach udzielonej odpowiedzi na pytanie 48 Zamawiający potwierdzając stanowisko zadającego pytanie, wprowadził do SIWZ wymóg, aby system PIP odpowiadał za funkcje łączności zapowiadawczej na stacjach stycznych i centrum sterowania LCS. Z kolei w ramach udzielonej odpowiedzi na pytanie 49 do SIWZ został wprowadzony wymóg, aby system PIP odpowiadał za funkcję łączności dyspozytorskiej pomiędzy wszystkimi posterunkami zapowiadawczymi. Zgodnie z obowiązującymi regulacjami wewnętrznymi na kolei system łączności kolejowej (umożliwiający łączność zapowiadawczą jak i łączność dyspozytorską) jest realizowany jako zupełnie odrębny system. Wymogi dla systemu łączności określa bowiem dokument wewnętrzny pn. Wymagania na system teleinformatyczny do prowadzenia ruchu pociągów Ie-116 (dalej Instrukcja Ie-116), dokument wiążący również w niniejszym postępowaniu, stosownie do załącznika nr 8 do Tomu II SIWZ, pt. Warunki Umowy. Postanowienia Instrukcji Ie-116 w żadnym punkcie nie określały wymogu, aby funkcje łączności dyspozytorskiej czy zapowiadawczej miał spełniać System PIP. Wręcz przeciwnie - stosownie do wymogów w/w Instrukcji - z założenia winny to być odrębne systemy. Tak dokonana zmiana SIWZ i wprowadzenie wymogu, aby System PIP zapewniał również funkcje łączności dyspozytorskiej i zapowiadawczej nie jest spójna i pozostaje w sprzeczności z innym obowiązującą Wykonawcę w postępowaniu Instrukcją Ie-116.

Odpowiadając na pytanie nr 50, Zamawiający narzucił wykonawcom wymóg, aby System PIP zapewniał poziom bezpieczeństwa SIL-2 (Safety Integrity Level). Było to niezgodne

z innym obowiązującym w tym postępowaniu dokumentem wewnętrznym - Instrukcją pt. Warunki bezpiecznej instalacji i eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe IE - 100a (dalej „Instrukcją Ie-100a”. Instrukcja ta wymienia wszystkie systemy, które muszą mieć zapewnione konkretne poziomy bezpieczeństwa - System PIP nie jest w niej wymieniony. Ponadto system PIP nie wpływa w żaden sposób na bezpieczeństwo prowadzenia ruchu kolejowego i jak wskazuje sama nazwa ma za zadanie umożliwiać przekazywanie informacji o pociągach pomiędzy stacjami. Dodatkowo Zamawiający wprowadził wymóg, aby System umożliwiał również realizację szeregu wymienionych konkretnie w tym pytaniu nr 50 funkcji, w tym: „p) automatycznej obsługi bazy pociągów, q) ręcznej obsługi bazy pociągów, awizacji ruchu na posterunku stycznym”. Funkcja dot. obsługi bazy pociągów, nie ma nic wspólnego z funkcjonalnością dot. bezpieczeństwa. Wymóg, aby System PIP nie tylko spełniał poziom SIL-2, ale jednocześnie umożliwiał realizację w tym poziomie funkcjonalności zupełnie nie związanych z poziomem bezpieczeństwa nie jest zatem konieczny.

Stosownie do udzielonych odpowiedzi na kolejne pytania nr 42, 43, 44, 45, 46, 47 - Zamawiający wprowadził nowe - nie wymienione wcześniej w SIWZ - szczegółowe wymogi i wymagane funkcjonalne dla Systemu PIP, nie zdefiniowane w SIWZ, ani w dokumentach wewnętrznych Zamawiającego obowiązujących w tym postępowaniu. Obecnie stosowany System PIP oparty o założenia w/w regulacji wewnętrznych Zamawiającego jest systemem stosowanym na kolei od lat. Odwołujący w ramach zrealizowanych przez niego zamówień wielokrotnie dostarczał Zamawiającemu ten system, który odbierany był bez żadnych uwag. Dotychczasowa praktyka potwierdza zatem, że sformułowany w pierwotnych warunkach SIWZ opis wymogów dla Systemu PIP odpowiadał wszelkim obiektywnym potrzebom Zamawiającego. Konieczność zabudowania nowych, pod względem funkcjonalnym Systemów PIP, wiązać się będzie z uniemożliwieniem zaproponowania Zamawiającemu produktów odpowiadających jego wymaganiom, ale opartych o inne rozwiązania techniczne. Określone przez Zamawiającego w treści odpowiedzi wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych wykonawców i producentów. Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Odpowiedzi na pytania, w szczególności o numerach 48, 49, 50, spowodowały niespójność z pozostałą dokumentacją przetargową, co skutkowało również naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp, tj. „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”,



Celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do niedopuszczenia zastosowania rozwiązań proponowanych przez wykonawcę zadającego pytania do SIWZ o nr 42 do 50. Zażądał on jednak, by Zamawiający, rozwiązania dla Systemu PIP zasugerowane mu przez wykonawcę zadającego pytania nr 42 do 50 przyjął jako dopuszczalne, a nie wymagane obligatoryjnie do zastosowania przez wszystkich wykonawców.

## **KIO 2075/18**

W odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie udostępnionej im treści SIWZ Zamawiający opublikował w dniach 27 września oraz 1 i 2 października 2018 r. części IV-VIII odpowiedzi na pytania wykonawców, wraz z informacjami o dokonaniu licznych modyfikacji SIWZ, umieszczając w Internecie, na platformie zakupowej PKP PLK pliki o nazwach:

1. (16) Pytania i odpowiedzi — cz. IV, Modyfikacja SIWZ — cz. VIII z 27 września 2018 r.
2. (18) Pytania i odpowiedzi — cz. V, Modyfikacja cz. IX z 1 października 2018 r. (88 stron)
3. (19) Pytania i odpowiedzi cz. VI z 1 października 2018 r. (30 stron)
4. (20) Pytania i odpowiedzi cz. VII, Modyfikacja cz. X z 2 października 2018 r. (96 stron)
5. (21) Pytania i odpowiedzi cz. VIII z 2 października 2018 r. (72 strony)

Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert (9 października 2018 r.).

Zarzut nr 1 w części pierwszej dotyczy zaniechania przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania zadane w toku Postępowania, m.in. nr 75, 764, 768, 1129 a tym samym nieudzielenie wystarczających wyjaśnień, co do istotnych dla Postępowania kwestii podniesionych przez wykonawców. Powyższe sprawiło, że wykonawcy nie byli w stanie złożyć porównywalnych ofert. Odnosząc się do poszczególnych pytań i odpowiedzi Odwołujący wskazał:

1. Pytanie nr 75:

„Prosimy o udostępnienie warunków technicznych dla przebudowy kolizji PGE, PKP Energetyka oraz przyłączenia do sieci nowych obiektów”.

Odpowiedź:

„Warunki zostaną udostępnione po ich skompletowaniu. Obecnie trwa proces pozyskiwania kompletu warunków”.

2. Pytanie nr 768:

„Dotyczy: Zamówienia Podstawowego oraz Opcji 1 i 2 — roboty drogowe. Prosimy o uzupełnienie dokumentacji o projekt stałej organizacji ruchu i uzupełnienie przedmiarów o wykonanie oznakowania poziomego i pionowego. Należy zwrócić uwagę, że wykonanie projektu stałej organizacji ruchu nie może być po stronie Wykonawcy, ponieważ każdy

z oferentów zaproponowałby inny projekt, co skutkowałoby inną wartością oznakowania, co z kolei powodowałoby, że poszczególne oferty byłyby nieporównywalne”.

Odpowiedź:

„Projekt SOR jest w trakcie opiniowania i uzgadniania”.

W istocie zatem Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania. Odwołujący na podstawie przekazanych w ten sposób informacji nie był w stanie stwierdzić, kiedy udostępnione zostaną konieczne materiały, które były niezbędne do prawidłowej wyceny (biorąc pod uwagę chociażby koszty wykonania określonego typu oznakowania w przypadku stałej organizacji ruchu lub koszty związane z kolizjami i przyłączeniem do sieci nowych obiektów). Wykonawcy nie dysponowali chociażby danymi w zakresie tego, na jakim odcinku należy dokonać przebudowy związanej z kolizją, czy w czasie wyłączenia zasilania konieczne jest zapewnienie zasilania zastępczego odbiorców, jakie słupy, typy kabli oraz sterowania należy zastosować w ramach przebudowy.

Inwestor zapowiedział, że w bliżej nieokreślonym terminie przekaze wykonawcom niezbędne warunki techniczne/projekt stałej organizacji ruchu. Wykonawcy z kolei nie mogli mieć pewności co do prawidłowości i kompletności danych, które mieli nadzieję otrzymać. W związku z powyższym, Odwołujący nie był w stanie w wyznaczonym terminie dokonać wyceny kosztów ani przekazać wytycznych potencjalnym podwykonawcom. Kadra odpowiedzialna za przygotowanie oferty powinna dysponować takimi informacjami z odpowiednim wyprzedzeniem, by być w stanie dostosować kształt oferty do ewentualnych nowych wymagań. Tuż przed terminem składania ofert były dwa dni wolne od pracy, w których Odwołujący nie liczył na aktywność Zamawiającego, co praktycznie uniemożliwiło Odwołującemu dostosowanie oferty do informacji, na które oczekiwał.

3. Pytanie nr 1129:

„W przedmiarze robót przejścia podziemnego w km 174,515 ujęto ściankę szczelną do pozostawienia w gruncie, której nie ma w projekcie. Proszę o wyjaśnienie rozbieżności”.

Odpowiedź:

„Obiekt należy wykonać w pozostawionych ściankach szczelnych, które będą ujęte w przedmiarze”.

Przedmiar po modyfikacji cz. X z dnia 2 października 2018 r. pozostawiono bez zmian. Wobec powyższego, uznać należy, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, a Odwołujący nie był w stanie dokonać wyceny podanego elementu wobec braku niezbędnych danych. Jednocześnie w zmodyfikowanej dokumentacji projektowej tom V SIWZ po Modyfikacji cz. X z dnia 2 października 2018 r. nie uwzględniono ścianki szczelnej do pozostawienia w gruncie, jedynie opis techniczny wspominał o technologicznych ściankach tymczasowych zabezpieczających wykop.

4. Pytanie nr 764:

„Prosimy o uzupełnienie Przedmiarów Robót oraz Projektu Wykonawczego i STWiORB branży torowej dot. stacji Białystok o opis miejsca odstawiania uszkodzonych wagonów z towarami niebezpiecznymi, znajdującego się w torze nr 619”.

Odpowiedź:

„Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji SIWZ. Przedmiar robót, projekt wykonawczy oraz STWiORB zostały uzupełnione o opis miejsca odstawiania uszkodzonych wagonów”.

Mimo odpowiedzi Zamawiającego, nie nastąpiło dokonanie stosownej modyfikacji SIWZ we wskazanym zakresie. W rzeczywistości brak było opisu miejsca odstawiania uszkodzonych wagonów w wyżej wymienionych dokumentach, mimo twierdzenia Zamawiającego o dokonanej zmianie. Nie było również rysunków takiego stanowiska ani jego opisu. Jediną czynnością, jaką wykonał Zamawiający było dodanie pozycji dotyczącej budowy takiego stanowiska do Rozbicia Ceny Ofertowej oraz wskazanie na planie sytuacyjnym jego lokalizacji. W związku z powyższymi brakami, nie było możliwości uzupełnienia ceny o ten element.

Zgodnie z udzieloną w dniu 1 października 2018 r. odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 289 dotyczące Odcinka B Szlak Czyżew — Szepietowo (113,750 - 126,000) miało dojść do modyfikacji Przedmiaru robót (odc. B) w poz. 11 i poz. 12 - „wykonanie ścianek peronowych w technologii na mokro, w warunkach budowy”. Zamawiający miał zamienić na „montaż prefabrykatów”. Wspomniana wyżej zmiana nie znalazła odzwierciedlenia w modyfikacji Przedmiaru robót, podczas gdy w przypadku innych odcinków pozycje te zostały odpowiednio skorygowane.

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że skoro art. 38 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek udzielenia Wykonawcy wyjaśnień, jeżeli spełni on warunki określone w tym przepisie, Zamawiający nie powinien podejmować prób unikania wytłumaczenia problematycznych kwestii. Przekazanie przez Zamawiającego jedynie szczątkowej lub pozornej odpowiedzi, która nie była wystarczająca, by rozstrzygnąć kwestie, które wydawały się wykonawcom niejasne lub sprzeczne, może zostać uznana za próbę uchylenia się od obowiązku nałożonego ustawą.

Brak jednoznacznej odpowiedzi na powołane pytania oraz brak odpowiedniego skorygowania dokumentacji przez Zamawiającego prowadzić mógł do znacznych trudności w wycenie oferty przez Odwołującego, a także innych wykonawców, co w konsekwencji wywołało ryzyko ukształtowania ofert w sposób nieodpowiadający potrzebom Zamawiającego i efektem, które zamierzał osiągnąć dzięki Postępowaniu.

Odwołujący powołał jedynie najjaskrawsze, jego zdaniem, przykłady zaniedbań Zamawiającego w kwestii odpowiedzi na pytania wykonawców. W zakresie nieścisłości w odpowiedziach na pytania nr 760, 762, 1182, 1184, 1189, 1190, 1192, 1253, a co za tym idzie działanie niezgodne z celem regulacji art. 38 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał:

Pytanie nr 1182:

„Dot. Obiekty inżynieryjne: Przejście pod torami w km 127,360. Przedmiar robót Poz. 5.4.01. Rozbiórka kładki stalowej; ryczałt; 1; Prosimy o rozbięcie pozycji przedmiarowej na poszczególne asortymenty robót tj. m. in. na ilość konstrukcji stalowej do rozbiórki, ilość betonu itp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w przedmiarze robót podał rozbiórkę, jako ryczałt. Wykonawca robót, jeżeli uważa to za zasadne powinien we własnym zakresie rozbić na poszczególne asortymenty robót”.

Pytanie nr 1184:

„Dot. Obiekty inżynieryjne: Przejście pod torami w km 153,277. Przedmiar robót Poz.5.4.01. Rozbiórka przejścia podziemnego; ryczałt; 1; Prosimy o rozbięcie pozycji przedmiarowej na poszczególne asortymenty robót tj. m. in. na ilość konstrukcji stalowej do rozbiórki, ilość betonu itp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w przedmiarze robót podał rozbiórkę, jako ryczałt. Wykonawca robót, jeżeli uważa to za zasadne powinien we własnym zakresie rozbić na poszczególne asortymenty robót”.

Pytanie nr 1189:

„Dot. Obiekty inżynieryjne: Przejście pod torami w km 177,266. 8.4.01. Rozbiórka przejścia podziemnego; ryczałt; 1; Prosimy o rozbięcie pozycji przedmiarowej na poszczególne asortymenty robót tj. m. in. na ilość konstrukcji stalowej do rozbiórki, ilość betonu itp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w przedmiarze robót podał rozbiórkę jako ryczałt. Wykonawca robót, jeżeli uważa to za zasadne powinien we własnym zakresie rozbić na poszczególne asortymenty robót”.

Pytanie nr 1190:

„Dot. Obiekty inżynieryjne: Przejście pod torami w km 177,266. 8.4.01. Rozbiórka przejścia podziemnego; ryczałt; 1; Prosimy o rozbięcie pozycji przedmiarowej na poszczególne asortymenty robót tj. m. in. na ilość konstrukcji stalowej do rozbiórki, ilość betonu itp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia powinien być opisany w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w przedmiarze robót podał rozbiórkę, jako ryczałt. Wykonawca robót, jeżeli uważa to za zasadne powinien we własnym zakresie rozbić na poszczególne asortymenty robót”.

Pytanie nr 1192:

„Dot. Obiekty inżynieryjne: Przejście pod torami w km 177,386. Kosztorys ofertowy Poz. 8.4.01. Rozbiórka kładki stalowej; ryczałt; 1; Prosimy o rozbięcie pozycji przedmiarowej na poszczególne asortymenty robót tj. m. in. na ilość konstrukcji stalowej do rozbiórek, ilość betonu itp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w przedmiarze robót podał rozbiórkę, jako ryczałt. Wykonawca robót, jeżeli uważa to za zasadne powinien we własnym zakresie rozbić na poszczególne asortymenty robót”.

Zamawiający przerzucił w tym przypadku na wykonawców obowiązek ustalenia elementów składających się na cenę ryczałtową (prac wchodzących w zakres czynności, które miały zostać wycenione ryczałtowo), nie zapewniając im jednak wystarczających informacji, by mogli tego dokonać. Wykonawca musiał znać rodzaje prac składających się na daną czynność, aby być w stanie podać ryczałtową wycenę za ich wykonanie. W trakcie prowadzenia robót może się okazać, że wykonanie czynności, co do której Zamawiający zażądał podania wynagrodzenia ryczałtowego, będzie wymagało przeprowadzenia prac, których nie dało się przewidzieć na etapie kształtowania oferty. Wykonawca, zgodnie z treścią wzoru Warunków Umowy, Subklauzula 14.4 „Wykaz płatności” będzie zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia Zamawiającemu i Inżynierowi szczegółowego rozbięcia cen jednostkowych także dla pozycji ryczałtowych, a niewypełnienie powyższego obowiązku spowoduje brak płatności za wykonane prace. Co za tym idzie, zakres prac musi być dokładnie znany, by wykonawca mógł wykonać swoje obowiązki wynikające z umowy i otrzymać zapłatę.

W Warunkach Umowy, Subklauzula 12.2 „Metody obmiaru” podano, że: „Krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Kontrakcie, w tym w Warunkach Ogólnych oraz Warunkach Szczególnych, Specyfikacjach oraz Dokumentacji Projektowej. Wykonawca, wyceniając poszczególne pozycje, powinien odnosić się do wyżej wymienionych dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji i opisów Robót oraz zastosowanych materiałów”. Jednak ta zasada

doznała uszczerbku w odniesieniu do pozycji podlegających wycenie wskazanych powyżej. W żadnym bowiem z wymienionych dokumentów, do których miał odnieść się wykonawca, nie było szczegółowego opisu wspomnianych wyżej pozycji podlegających wycenie (instrukcji 1 opisów robót, materiałów), poza ich parametrami wielkościami.

Pytanie nr 760:

„Prosimy o informację dokąd należy odwieźć materiały z rozbiórek”.

Odpowiedź:

„Materiały z rozbiórek należy odwozić w miejsca wskazane przez Zamawiającego oraz IZ Białystok”.

Zamawiający nie sprecyzował miejsca, w które należy odwozić materiały. Było to istotne z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia jest budowa ok. 200 km toru na odcinku ok. 70 km. Odwożąc materiał z jednego krańca inwestycji na drugi, przewoźnik będzie pokonywał ponad 140 km. Taka informacja niewątpliwie jest istotna z punktu widzenia dokonania wyceny, np. na ceny paliwa.

Pytanie nr 762:

„Prosimy o potwierdzenie, że na stacji Białystok rozjazdy Rkpd 60E1 oraz 49E1 mają być zamontowane na podrozdnicach strunobetonowych”.

Odpowiedź:

„Zamawiający dokonał stosownej modyfikacji SIWZ. W dokumentacji załączono poprawione zestawienie rozjazdów”.

Zamawiający przekazał zestawienie rozjazdów w projekcie, w którym w poz. 104, tabela nr 7 „Zestawienie projektowanych rozjazdów”, Część 1 „Układ torowy i odwodnienie podtorza, Stacja Białystok (172,260 — 178,500)” wskazany jest rozjazd, który nie jest produkowany (taki rodzaj rozjazdów jest nieznan w działalności kolejowej, jak i zapewne jakiegokolwiek innej). Dowodzi to, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ była błędna, co uniemożliwiło wykonawcom złożenie rzetelnych ofert.

Pytanie nr 1253:

„Czy Zamawiający dopuszcza w ramach zadania zabudowę słupów trakcyjnych o konstrukcjach według kart: 33-1601, 33-1602, 33-1603, 33-1604, 33-1605, 33-1607, 33-1608, 33-1611, 33-1613, 33-1614, 33-1617, 1901, 1905, 1906, 1907, 33-3031, 33-3032, 23-3033, 23-3034, 33-3035, 33-3036, 13-3037, 13-3038, 13-3111, 13-3113, 13-3115, 13-3116, 13-3117, które nie spełniają wymagań instrukcji let 120 „Wymagania techniczne dla zapewnienia ochrony przez porażeniem prądem elektrycznym, przed przepięciami i od wyładowań atmosferycznych w strefie oddziaływania sieci trakcyjnej DC 3kV”, a w szczególności punktu 2.6.2 dotyczącego stosowania konstrukcji gładko — powierzchniowych? Jeśli nie, to czy Zamawiający dopuści do zabudowy słupy jw pod warunkiem zastosowania osłon uniemożliwiających wspinaczkę np. w formie przymocowanej obejmami blach zamocowanej na konstrukcji do wysokości 3 m lub innego

zaproprowanego przez wykonawcę rozwiązania, które doprowadzi do spełnienia wymagań odnośnie gładkościenności?”

Odpowiedź:

„Pytanie dotyczy Zamawiającego. Projekt został wykonany przed wejściem w życie przepisów dotyczących konstrukcji gładkopowierzchniowych i wykonawca projektu nie był w tym okresie zobowiązany do stosowania takich konstrukcji. Do Zamawiającego należy decyzja, czy na okres budowy będą stosowane przepisy obowiązujące podczas wykonania projektu, czy bieżące”.

Zamawiający przekazał pytanie podmiotowi trzeciemu, który to stwierdził, że ustosunkowanie się do pytania leży po stronie Zamawiającego. Zamawiający, jak się wydaje, skopiował otrzymaną treść i przesłał ją, bez zmodyfikowania, wykonawcom. Nie została przeprowadzona analiza treści odpowiedzi udzielanych przez podmioty współpracujące. Podane wyjaśnienia, zamiast wyklarować istotę zagadnienia, spowodowały powstanie jeszcze większych wątpliwości po stronie Odwołującego co do elementów przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 2 odwołania dotyczy zaniechania przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert mimo zachodzącej ku temu przesłanki w postaci dokonania licznych zmian SIWZ w toku wyjaśnień udzielonych wykonawcom w dniach 27 września, 1 i 2 października 2018. Zamawiający w wyniku nieudzielania lub udzielania niejasnych, niepełnych i niewyczerpujących wyjaśnień w toku odpowiedzi na pytania wykonawców, zmusił ich do wielokrotnego weryfikowania elementów składowych przygotowywanych ofert, zmiany koncepcji wyceny i innych znaczących modyfikacji oraz długotrwałych analiz. Udostępnione wykonawcom w dniach 27 września, 1 i 2 października 2018 wyjaśnienia, modyfikujące SIWZ w szeregu punktów, to około 300 stron. Sama analiza tak obszernego materiału wymagała nakładu czasu i pracy. Zamawiający, nie weryfikując swojej decyzji o wyznaczeniu terminu składania ofert na dzień 9 października 2018, nie zapewnił wykonawcom czasu na dostosowanie ofert do ogromu nowych informacji. Dodatkowy czas na dokonanie zmian w ofertach był niezbędny dla analizy modyfikacji i uwzględnienia ich w ostatecznej wycenie. Ustawa pozostawia swobodę Zamawiającemu, co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, ten okres musi uwzględniać liczbę dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla ostatecznego kształtu oferty, by utrzymać konkurencyjność postępowania.

Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu składania ofert o 14 dni od dnia następnego po dniu, w którym Zamawiający udostępni wykonawcom kompletne i wyczerpujące odpowiedzi na zadane pytania oraz dokumenty, których udostępnienie zapowiedział w udzielonych wyjaśnieniach.

Zarzut ewentualny powinien być wzięty pod uwagę w przypadku nie rozpoznania niniejszego Odwołania przed terminem otwarcia ofert i dokonania ich otwarcia przez Zamawiającego 9 października 2018. Z uwagi na fakt, że czynność otwarcia ofert ze swojej natury jest czynnością jednorazową i nie podlega powtórzeniu, Odwołującemu nie pozostaje nic innego, jak domagać się w takim przypadku unieważnienia Postępowania, z uwagi na ciążącą na nim, niemożliwą do usunięcia po otwarciu ofert, wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym Postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy ustawy, dopuścił się zaniechań w kwestii udzielania wyjaśnień wykonawcom oraz nie przedłużył terminu składania ofert. Umowa, która mogłaby zostać zawarta po rozstrzygnięciu Postępowania w obecnym stanie rzeczy, mogłaby zostać unieważniona po wystąpieniu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu z odpowiednim wnioskiem na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

### **KIO 2029/18**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

#### **Zarzuty naruszenia:**

- 1. art. 29 ust. 2, 29 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp przez ustalenie przez Zamawiającego obowiązku zastosowania przez wykonawców składających oferty rozwiązań odnoszących się do Systemu PIP wskazanych w treści pytań o numerach 42 do 50 do SIWZ, co utrudniło Odwołującemu złożenie oferty w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję, a nadto mogło prowadzić do uprzywilejowania lub nawet wyeliminowania niektórych wykonawców,**



**w okolicznościach gdy tak dokonana zmiana w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia,**

- 2. art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp ze względu na fakt, że wprowadzony przez Zamawiającego obowiązek zastosowania rozwiązań dla Systemu PIP wskazanych w treści w/w pytań (w szczególności pyt. nr 48, 49, 50) spowodował niespójność i niejednoznaczność z rozwiązaniami wskazanymi w SIWZ,**

**nie potwierdziły się.**

W dniu 25 września 2018 r. Zamawiający opublikował pakiet odpowiedzi na pytania do treści SIWZ zadawanych przez wykonawców. W zbiorze tym znajdowały się odpowiedzi na pytania o numerach m. in. od 42 do 50. Na każde z nich Zamawiający odpowiedział „Zamawiający potwierdza”. Pytania brzmiały:

Pytanie 42:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP zabudowywany w ramach niniejszego postępowania posiadał mechanizm ochrony Integralności danych w zakresie numeru pociągu oraz wpisów w elektronicznym dzienniku ruchu, w szczególności umożliwiał również sygnalizację uszkodzenia danych o numerze pociągu ich usunięcie i/lub korektę przez Użytkownika systemu”.

Pytanie 43:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP umożliwiał bezprzerwowe prowadzenie elektronicznego dziennika ruchu, poprzez funkcje automatycznego przypisywania „numeru tymczasowego” w przypadku wykrycia przez system ruchu pociągu, który nie został umieszczony w kolejce”.

Pytanie 44:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP umożliwiał automatyzację zmiany parzystości numerów pociągów dla zdefiniowanych indywidualnie dla danego posterunku ruchu czynności determinującej jej wykonanie (przesunięcie lub wpisanie do dziennika ruchu) wraz z określeniem momentu jej dokonania. Jednocześnie system musi informować użytkownika w sposób wizualny w postaci komunikatu tekstowego wyświetlanego na konsoli PIP o dokonanej automatycznej zmianie parzystości numerów pociągów.

Pytanie 45:

„Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP umożliwiał automatyczne zapisywanie w elektronicznym dzienniku ruchu faktu jazdy na sygnał

zastępczy „Sz”. Informacja taka musi być wpisana, jako adnotacja „jazda na SZ” w rubryce uwag dziennika ruchu, łącznie z nazwą semafora, na którym został podany sygnał zastępczy. Powyżej opisana funkcja musi być dostępna, co najmniej dla jazd na Sz wyświetlanych przez semafony wjazdowe j wyjazdowe”.

Pytanie 46

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP umożliwiał automatyzację pracy dyżurnego ruchu na terminalach stacji stycznych. Automatyzacja ta polegać ma na wykrywaniu ruchu pociągu na podstawie stanu urządzeń przytorowych (kierunek blokady, zajętość odcinków blokady, semafor wjazdowy bądź wyjazdowy posterunku) i na tej podstawie generować przesunięcia numeru pociągu w przypadku wjazdu lub wyjazdu na posterunek styczny oraz posiadać możliwość wcześniejszego awizowania ruchu pociągów”.

Pytanie 47

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP udostępniał podpowiedzi dla dyżurnego ruchu zawierające sugestie z numerem pociągu wynikającym z aktualnego rozkładu jazdy dla danej lokalizacji, jeśli tylko dostępna jest funkcja pobierania rozkładów jazdy z systemu SEPE”.

Pytanie 48:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP udostępniał funkcję zapowiadawczej pomiędzy posterunkami zapowiadawczymi na stacjach stycznych i centrum sterowania LCS zgodnie z instrukcją Ir-1”.

Pytanie 49:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP umożliwiał łączność dyspozytorską pomiędzy wszystkimi posterunkami zapowiadawczymi (na stacjach stycznych w LCS) a Centrum Dyspozytorskim”.

Pytanie 50:

„SRK PFU

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga, aby system PIP na poziomie SIL-2 (ang. Safety Integrity Level) umożliwiał realizację następujących funkcji:

- a) automatyczne przemieszczenie numerów pociągów,
- b) ręczne przemieszczenie numerów pociągów,
- c) wpis lub usunięcie numeru pociągu do lub z kolejki,
- d) prezentacja numerów pociągów (w ramach jednej kolejki),
- e) prezentacja położenia pociągu (w kolejkach),

- f) prezentacja właściwości pociągu (typ, opis),
- g) pobieranie i wprowadzanie danych z lub do bazy pociągów (lista pociągów z ich identyfikatorami, numerami i uzupełnieniami),
- h) przechowywanie zawartości poszczególnych kolejek:
- i) przekazanie informacji o numerze pociągu do systemu zewnętrznego DSAT (tylko w przypadku implementacji nowego interfejsu, ponieważ obecna wersja DSAT narzuca realizację bez wymagań bezpieczeństwa),
- j) przekazywanie telegramów pomiędzy dyżurnymi ruchu (elektroniczna łączność zapowiadawcza),
- k) przekazywanie telegramów pomiędzy dyżurnymi ruchu (dowolny telegram inny niż łączność zapowiadawcza),
- l) powiązanie wysyłania telegramów dotyczących wjazdów lub wyjazdów ze stacji z operacjami na powiązanych kolejkach,
- m) przekazywanie telegramów pomiędzy dyżurnym ruchu a dyspozytorem (elektroniczna łączność dyspozytorska),
- n) edycja numeru pociągu,
- o) edycja cech pociągu,
- p) automatyczna obsługa bazy pociągów,
- q) ręczna obsługa bazy pociągów, awizacja ruchu na posterunku stycznym”.

W ocenie Izby żadne z przytoczonych powyżej pytań nie prowadziło do pośredniego wskazania przez Zamawiającego obowiązku zastosowania rozwiązań technicznych konkretnego producenta. Pytania dotyczą funkcjonalności zamawianego systemu, a Zamawiający potwierdził fakt, że funkcjonalności tych wymaga. Nie pojawiły się żadne, na tyle precyzyjne sformułowania, które prowadziłyby do ograniczenia konkurencji przez potwierdzenie wymagania cechy przedmiotu zamówienia, która nie jest dostępna dla każdego wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że wymagał wszystkich funkcjonalności, o których mowa w pytaniach 42-50, zatem Zamawiający nie mógł – zgodnie z żądaniem odwołania wskazać, że dopuszcza, by oferowany mu przedmiot zamówienia wspomniane cechy posiadał. Zamawiający żądał wykazania tych cech, w związku z tym udzielił precyzyjnej, nie budzącej wątpliwości odpowiedzi. Odwołujący nie udowodnił żadnego z podnoszonych argumentów. Odwołujący nie wskazał w jaki sposób twierdząca odpowiedź na powyższe pytania uniemożliwiła mu złożenie oferty w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał w jaki sposób doszło do pośredniego wskazania konkretnych rozwiązań technicznych. Odwołujący nie udowodnił także, że nie jest w stanie zaoferować Zamawiającemu produktu zgodnego z jego wymogami, jak również nie wskazał jakie kombinacje łącznie występujących w pytaniach funkcjonalności prowadzą do stworzenia preferencyjnych warunków udziału w postępowaniu konkretnemu wykonawcy. Wykonawca

taki również nie został wskazany. W tej sytuacji, na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy” Izba oddaliła oba omawiane zarzuty jako nieudowodnione.

Z tych samych powodów za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego wskazujące, że Zamawiający w wyniku udzielonych na pytanie 42-50 odpowiedzi wprowadził do dokumentacji postępowania szereg sprzeczności skutkujących utrudnieniem przygotowania prawidłowych ofert. Odwołujący nie podjął choćby próby inicjatywy dowodowej, co - wobec literalnego brzmienia spornych pytań oraz stanowiska Zamawiającego wskazującego, że odpowiedziami potwierdził istnienie określonych w SIWZ wymogów - musiało prowadzić do oddalenia odwołania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut oparty był na założeniu, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w związku z czym, po otwarciu ofert nie ma możliwości sanowania postępowania, a co za tym idzie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zarzut powyższy również podlegał oddaleniu.

Biorąc pod uwagę całokształt ocenionych w toku rozpoznania sprawy działań Zamawiającego Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie zarzutu, nie odnosząc się do tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania ani w toku rozprawy. W tej sytuacji odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione.

## **KIO 2075/18**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

### **Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:**

- 1. art. 38 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uchybienie obowiązkowi udzielenia wyjaśnień do treści SIWZ przez**

**zaniechanie odpowiedzi na część pytań wykonawców, jak i udzielenie nieprecyzyjnych i niepełnych wyjaśnień w odniesieniu do części pytań wykonawców, a co za tym idzie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,**

- 2. art. 38 ust. 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert mimo zachodzącej ku temu przesłanki w postaci dokonania przez Zamawiającego zmian SIWZ w toku wyjaśnień udzielonych wykonawcom, w wyniku czego niezbędne stało się zapewnienie dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, by zapewnić prowadzenie Postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji nie potwierdziły się.**

W toku postępowania Zamawiający dziesięciokrotnie dokonał zmiany SIWZ. Kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu wydłużenia terminu składania ofert, mimo że opublikowanie znacznej liczby odpowiedzi na pytania do treści SIWZ zadawane przez wykonawców miały miejsce w dniach:

- 1) 27 września 2018 r.,
- 2) 1 października 2018 r.,
- 3) 2 października 2018 r.

Izba potwierdziła, że treść pytań i odpowiedzi na nie, przytoczona w uzasadnieniu odwołania jest zgodna z prawdą. Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie złożonej 18 października 2018 r. wskazał m. in.: „(...) modyfikacji dotyczących treści dokumentacji projektowej oraz przedmiarów było jedynie 4, z czego główna modyfikacja SIWZ była jedna i miała miejsce w dniu 27 września 2018 roku.

Co istotne, żadna z modyfikacji nie dotyczyła zmian podstawowych założeń projektu takich jak czas realizacji czy zakres rzeczowy. Przy skali całego projektu, który obejmuje swym zakresem wielobranżową modernizację linii kolejowej na odcinku 71 km w tym przebudowę 4 stacji kolejowych oraz 14 przystanków osobowych, budowę nowych dróg o łącznej długości około 50 km, budowę 8 mostów, 5 wiaduktów oraz 6 przejść podziemnych, dokonane uszczegółowienie zakresu rzeczowego miało marginalny wpływ na obraz całości zadania”.

Powyższe stanowisko Zamawiającego znalazło potwierdzenie w przedłożonej Izbie dokumentacji z postępowania. Wyjaśniając zakres zmian i ich rodzaj Zamawiający wskazał m. in.:

„Branża torowa:

Odcinek G - St. Białystok

- Przedmiar Robót - Dodano pozycję - 8.4.2.46 - ST.02.09 - Montaż wraz z zabudową skrzyżowania torów o skosie 1:4.444 na podrozjazdnicach drewnianych z jednorazową naprawą po podjęciu ruchu.
- Zmieniono rysunki nr PW.G.I.IO i PW.G.1.169 - wprowadzono na rysunku oznaczenia typu i kąta skrzyżowania
- SIWZ — dodano zapis: Stanowisko postojowe do awaryjnego odstawiania wagonów kolejowych

W torze Nr 619 wyznaczono stanowisko postojowe do awaryjnego odstawiania wagonów kolejowych. Stanowisko należy zorganizować zgodnie z 58 instrukcji Ir-16 „Instrukcja o postępowaniu przy przewozie koleją towarów niebezpiecznych”.

Branża: budowa peronów

Zakres podstawowy. Cz. 2. Perony. Odcinek A.

Modyfikacja polegała na uszczegółowieniu 2 pozycji: W pozycji 3.1, wiersz 44, uszczegółowiono opis zakresu prac, dodano „kratka wentylacyjna, grzejnik elektryczny”

W pozycji 3.3, wiersz 55, uszczegółowiono opis wykonania chodnika z płyt betonowych, zmieniono rozmiar płyt chodnikowych z 35x35x5 cm na płyty o rozmiarze 40x40x5 cm

Zamawiający wskazuje, że zmieniono treść 2 z 68 pozycji - 2,94 %.

Zakres podstawowy. Cz. 2. Perony. Odcinek B.

Modyfikacja polegała na uszczegółowieniu 3 pozycji oraz usunięciu 4 pozycji.

1. Z przedmiarów usunięte zostały w pozycji 1.2.2.1 w wierszach nr 17, 18, 19 i 20 dotyczące zbrojenia konstrukcji betonowych oraz betonowania płyty fundamentowej;
2. W pozycji 1.2.2.5, wiersz 41, uszczegółowiono opis zakresu prac, poprawiono wymiary rowków pod krawężniki i ław krawężnikowych z „30x cm” na „30x30 cm”
3. W pozycji 2.2.2.2, wiersz 77, uszczegółowiono opis wykonania chodnika z płyt betonowych, dodano zapis „wraz z elementami dotykowymi w nawierzchni dla osób niewidomych”;
4. W pozycji 2.3.2, wiersz 100, uszczegółowiono opis wykonania chodnika z płyt betonowych, dodano zapis „wraz z elementami dotykowymi w nawierzchni dla osób niewidomych”

Zmieniono treść 5 z 112 pozycji — 4,46 %.

Zakres podstawowy. Cz. 2. Perony. Odcinek C.

Modyfikacja polegała na uszczegółowieniu 3 pozycji.

1. W pozycji 2.2.5, wiersz 36, uszczegółowiono opis zakresu prac, poprawiono wymiary rowków pod krawężniki i ław krawężnikowych z „30x cm” na „30x30 cm”
2. W pozycji 3.1, wiersz 45, uszczegółowiono opis zakresu prac, dodano „kratka wentylacyjna, grzejnik elektryczny”;

3. W pozycji 3.3, wiersz 56, uszczegółowiono opis wykonania chodnika z płyt betonowych, dodano zapis „wraz z elementami dotykowymi w nawierzchni dla osób niewidomych”

Zmieniono treść 3 z 67 pozycji - 4,48 %

Zakres podstawowy. Cz. 2. Perony. Odcinek D.

Modyfikacja polegała na uszczegółowieniu 9 pozycji.

Pozycja 1.2.2.2, wiersz 18, pozycja 1.3.3, wiersz 45, pozycja 2.2.2.2, wiersz 68, pozycja 2.3.3, wiersz 95, pozycja 3.2.2.2, wiersz 117, pozycja 3.3.3, wiersz 144, pozycja 4.2.2.2, wiersz 166, pozycja 4.3.3, wiersz 193, pozycja 5.2.2.2, wiersz 215.

Wszystkie modyfikacje dotyczyły dodania zapisu „wraz z elementami dotykowymi w nawierzchni dla osób niewidomych”. Zmieniono treść 9 z 248 pozycji - co stanowi 3,63 %

Branża : obiekty budowlane:

Zakres podstawowy. Cz. 4.. Odcinek A.

Modyfikacja polegała na uszczegółowieniu 7 pozycji oraz dodaniu 3 pozycji. Zmieniono treść 9 z 119 pozycji - co stanowi 7,56 0/0.

1. W pozycji 1.1, wiersz 13, zmieniono zapis dotyczący stosownych cegieł z cegły klinkierowej na cegłę ceramiczną.
2. W pozycji 1.2, wiersz 13, uszczegółowiono ilość jednostkową zakresu prac,
3. W pozycji 1.3, dodano wiersz 29 o treści „Elewacyjne elementy z siatki stalowej wprowadzenie pnańczy” wraz z podaniem wartość jednostkowej zakresu prac,
4. W pozycji 1.9, wiersz 66, usunięto nazwę własną produktu „ATLAS”
5. W pozycji 1.11, wiersz 74, usunięto nazwę własną produktu „ACROVYN”
6. W pozycji 2.1, wiersz 82, poprawiono wymiary krawężników z „15x30 cm” na „8x20 cm”
7. W pozycji 2.2, wiersz 86, poprawiono wymiary krawężników z „15x30 cm” na „8x20 cm”
8. Dodano pozycję nr „3.5 - roboty rozbiórkowe” , wiersz 117 - Rozbiórka nastawni 113,168 wraz z podaniem wartość jednostkowej zakresu prac oraz wiersz 118 Rozbiórka nastawni 111,821 wraz z podaniem wartość jednostkowej zakresu prac (...)

Oceniając stanowiska Stron, Izba wzięła pod uwagę dyspozycję art. 190 ust. 1 Pzp – „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”. Odwołujący w ocenie Izby nie sprostali wynikającemu z przytoczonego przepisu ciężącemu na nim obowiązkwowi

udowodnienia podnoszonych zarzutów. W obliczu faktu, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty Izba nie uwzględniła stanowiska jakoby ze względu na dokonane przez Zamawiającego zmiany SIWZ nie było możliwe złożenie ofert. Wpływ ofert miał decydujące znaczenia dla uznania, że wykonawcy byli w stanie uwzględnić treść informacji przekazanych przez Zamawiającego od 27 września 2018 r. do 2 października 2018 r. Tym samym twierdzenie Odwołującego, że dla ujęcia w wycenie oferty skutków udzielonych w ww. dniach odpowiedzi na pytania do treści SIWZ wymagało czasu dłuższego niż pozostał do upływu terminu składania ofert w ocenie Izby - nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący nie podjął próby udowodnienia faktu, że wskutek zaniechania wydłużenia terminu do składania ofert po udzieleniu odpowiedzi na pytania do SIWZ nie był w stanie w prawidłowy sposób wycenić niektórych elementów oferty, ani złożyć oferty w terminie. Odwołujący nie podważył również wiarygodności stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego, kierując się dyspozycją art. 190 ust. 1 Pzp Izba uznała, że odwołanie w zakresie wyżej wskazanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji, Izba uznała również za niezasadny, podniesiony jako ewentualny, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert i dokonanie ich otwarcia 9 października 2018 r., co spowodowało, z uwagi na brak rzeczywistej możliwości oceny udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, brak możliwości złożenia przez wykonawców porównywalnych ofert, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:**.....

.....

.....