

Sygn. akt: KIO 898/13

**WYROK**

**z dnia 7 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Alstom Konstal S.A. w Chorzowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Thales Polska sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **Siemens sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alstom Konstal S.A. w Chorzowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Alstom Konstal S.A. w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Alstom Konstal S.A. w Chorzowie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** kwotę **3.567 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy pięciuset sześćdziesięciu siedmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejszy wyrok - 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**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na ciągu linii E20/CE20, odcinek Kunowice- Warszawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2013 r., 2013/S 023-035439.

W dniu 10 kwietnia 2013 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej modyfikację postanowień SIWZ dotyczącą m.in. pkt 5.4.6. PFU TOM III.

Wobec ww. czynności zamawiającego polegającej na modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wykonawca Alstom Konstal S.A. w Chorzowie, zwany dalej odwołującym, wniósł w dniu 19 kwietnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz ust. 2 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób, który:

- 1) umożliwia wykonawcom oferowanie rozwiązań, które w połączeniu z istniejącą infrastrukturą mogą zagrażać bezpieczeństwu w ruchu kolejowym,
- 2) jest nieuzasadniona pod względem technicznym,
- 3) nie znajduje uzasadnienia formalnego, to jest nie została wymuszona orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub orzeczeniem Sądu Okręgowego,
- 4) nie jest konsekwencją oficjalnych pytań lub wątpliwości zgłoszonych przez potencjalnych wykonawców,
- 5) powoduje, że przedmiot zamówienia stał się całkowicie nieprecyzyjny i utrudniający uczciwą konkurencję,
- 6) uniemożliwia zamawiającemu rzetelne i obiektywne porównanie ofert składnych w toku postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia modyfikacji pkt 5.4.6. PFU TOM III SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z poprzednią wersją ww. pkt 5.4.6. PFU TOM III SIWZ, zamawiający wskazywał na konkretne wymaganie techniczne, które uznawał za bezpieczne i które każdy z potencjalnych wykonawców miał obowiązek ująć i

skalkulować w treści swej oferty, zaś zwycięzca przetargu dostarczyć i zamontować na przedmiotowej linii kolejowej. Na 13 dni przed datą złożenia ofert i to w sytuacji, gdy zmiana ta nie była konsekwencją wyroku KIO, czy Sądu Okręgowego, ani też nie była konsekwencją udzielenia odpowiedzi na oficjalnie pytanie lub wątpliwości zgłoszone przez któregoś z potencjalnych wykonawców, zamawiający nagle dokonał modyfikacji treści tego punktu, zastępując informację o konkretnym rozwiązaniu technicznym, którego oczekuje, enigmatyczną informacją, iż ma to być system bezpieczny.

Odwołujący wywodził, że zamawiający, który dotychczas uznawał za bezpieczne jedynie rozwiązanie bezinwazyjne (w eksploatacji) zapewniające pełną galwaniczną izolację obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS poziom 1, obecnie rezygnując z tego zapisu, siłą rzeczy, za bezpieczne zdaje się uznawać także rozwiązanie przeciwstawne, to jest „inwazyjne bez pełnej izolacji galwanicznej”. To stwierdzenie pozostaje jednak w sprzeczności z dotychczasowymi oświadczeniami zamawiającego złożonymi w toku rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20 lutego 2013 roku. W efekcie dla każdego uczestnika rynku i każdego potencjalnego wykonawcy zmiana ta jest o tyle niezrozumiała, że nie sposób ustalić przesłanek, którymi kierował się zamawiający dokonując tej zmiany.

Argumentował, iż modyfikacja czyni dotychczas precyzyjny dokument SIWZ całkowicie niezrozumiałym. Nie towarzyszy jej bowiem jakakolwiek informacja, które z możliwych rozwiązań technicznych zamawiający uznaje zatem za bezpieczne, a które nie. Jest to o tyle istotne, że przedmiotowy interfejs ma łączyć w jedną współdziałającą całość urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 1. Zdaniem odwołującego, skoro zamawiający już z góry uznał pewne rozwiązania techniczne za niebezpieczne (na przykład te, z linii E65 (CMK), dla sporządzenia rzetelnej oferty przez każdego z potencjalnych wykonawców, konieczne jest posiadanie informacji, które z potencjalnych rozwiązań technicznych zamawiający uznaje za bezpieczne.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający dokonując zmiany precyzyjnego dotychczas zapisu SIWZ, wprowadził bowiem enigmatyczne stwierdzenie, iż zabudowane interfejsy muszą pobierać informacje (...) w sposób bezpieczny zapewniający 4 poziom integralności bezpieczeństwa (SIL4). Jednocześnie jednak zamawiający nie wprowadził do treści SIWZ jakichkolwiek postanowień, które precyzowałyby w jaki sposób kwestia ta będzie oceniana na etapie oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił

wykonawca Thales Polska sp. z o.o. w Poznaniu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego przystąpił wykonawca Siemens sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o uwzględnienie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, modyfikację treści SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego Thales Polska, pismo procesowe przystępującego Siemens, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp

wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 1 lutego 2013 r.

Zamawiający zgodnie z pkt 2.2. SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieścił w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III SIWZ oraz w Rozbiciu Ceny Ofertowej stanowiącym Tom IV SIWZ.

W postanowieniach pkt 5.4.6 tiret trzecie PFU Zamawiający sformułował wymóg, aby zabudowane interfejsy musiały pobierać informacje z urządzeń srk (obwodów świateł) w sposób bezinwazyjny z pełną izolacją galwaniczną obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS poziom 1.

W dniu 8 lutego 2013 r. wykonawca Thales Polska sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1-6 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. wymaganie w pkt 5.4.6. tiret trzecie programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „PFU”), aby zabudowywane interfejsy pobierały informacje z urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej: „srk”) (obwodów świateł) w sposób bezinwazyjny z pełną izolacją galwaniczną obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS, które to wymaganie utrudnia/uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom oferującym rozwiązania niewymagające izolacji galwanicznej obwodów srk oraz niezapewniające bezinwazyjnego pobierania, podczas gdy rozwiązania takie zapewniają równie bezpieczne i efektywne działanie systemu ERTMS/ETCS.

Wniósł m.in. o nakazanie zamawiającemu usunięcia z pkt 5.4.6. PFU tiret trzecie zapisu „w sposób bezinwazyjny z pełną izolacją galwaniczną obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS”.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 20 lutego 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22 lutego 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 302/13, oddaliła

odwołanie.

Pismem z dnia 19 marca 2013 r. wykonawca Thales Polska sp. z o.o. w Poznaniu wniósł skargę wobec ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu wykreślenia z treści Tomu III SIWZ zapisu pkt 5.4.6. tiret trzecie.

W dniu 10 kwietnia 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Tomu III PFU w ten sposób, że:

- pkt 5.4.6. tiret trzecie otrzymał brzmienie: *zabudowane interfejsy muszą pobierać informacje z urządzeń srk (obwodów światła) w sposób bezpieczny zapewniający 4 poziom integralności bezpieczeństwa (SIL 4),*

- 5.4.6 tiret szóste otrzymał brzmienie: *wykonawca za zaoferowane interfejsy uzyska pozytywną opinię jednostki organizacyjnie upoważnionej do przeprowadzenia badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu w zakresie badania typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego wchodzących w skład podsystemu strukturalnego sterowanie, o braku negatywnego oddziaływania interfejsu na urządzenia srk oraz że:*

- *zabudowa interfejsów nie zmienia typu urządzeń srk, z którymi będzie powiązany*

- *lub uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń srk, w których dokonał zmian zgodnie z zapisami tire powyżej.*

*Wyżej wymienione dokumenty wykonawca dostarczy zamawiającemu przed zabudową systemu ERTMS/ETCS poziom 1 i interfejsów.*

Pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r. wykonawca Thales Polska sp. z o.o. w Poznaniu cofnęła skargę z dnia 19 marca 2013 r. na wyrok Izby z 22 lutego 2013 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 302/13.

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało skierowane wobec czynności zamawiającego, polegającej na zmodyfikowaniu w przywołanego wyżej postanowienia pkt 5.4.6. tiret trzecie Tomu III PFU.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła oddalić odwołanie, albowiem żaden z zarzutów nie potwierdził się w

ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający ma prawo do dokonania modyfikacji postanowień SIWZ, aż do upływu terminu składania ofert. Powyższe wynika z przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Podnieść należy, iż obecne brzmienie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zostało ustalone w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Poprzednio obowiązujące brzmienie ograniczało możliwość modyfikacji SIWZ do przypadków „szczególnie uzasadnionych”. Po wejściu w życie ww. nowelizacji w oparciu o przywoływany przepis katalog sytuacji, w których zmiana SIWZ może nastąpić jest relatywnie szeroki. Podobne stanowisko przedstawiane jest w piśmiennictwie, w którym akcentuje się, że zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonać zmiany SIWZ. Obecne sformułowanie „w uzasadnionych przypadkach” oznacza, iż może dokonywać zmian zawsze, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania. (por. Paweł Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2. Warszawa 2009, s.186). Ponieważ przepisy nie stawiają żadnych barier w tym zakresie, można przyjąć, iż praktycznie każda potrzeba zmiany siwz będzie uzasadniona i trudno będzie czynność jej zmiany podważyć, twierdząc, że nie zachodził uzasadniony przypadek (por. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H.Beck, wyd. 10, Warszawa 2010).

Uprawnienie zamawiającego do modyfikacji określonego postanowienia SIWZ nie doznaje ograniczenia także w sytuacji, gdy zostało ono uprzednio zakwestionowane przez jednego z wykonawców. Zakaz taki nie wynika bowiem z treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Stanowisko takie Izba wyrażała m.in. w wyroku z 13 kwietnia 2011 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 707/11, czy też w wyroku z 27 sierpnia 2012 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1710/12. W ocenie Izby, modyfikacji postanowienia SIWZ nie stoi na przeszkodzie również to, że pierwotne brzmienie było przedmiotem orzeczenia Izby czy Sądu. Odwołanie, a w dalszej kolejności skarga do Sądu, służy również wobec nowej, odrębnej materialnoprawnej czynności zamawiającego, jaką jest modyfikacja postanowienia SIWZ, co wynika wprost z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd za całkowicie chybione należało uznać stanowisko odwołującego, iż modyfikacja pkt 5.4.6. tiret trzecie PFU Tom III SIWZ winna zostać unieważniona, zgodnie z procesową zasadą *lis pendens*, tylko z tego powodu, że na temat pierwotnego brzmienia tego postanowienia Izba wypowiedziała się już w wyroku z dnia 22 lutego 2013 r. Odpowiednikiem cywilnej zasady zawisłości sporu na gruncie zamówień publicznych jest art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca

odwołanie, jeżeli *odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się*. Jednakże sytuacja opisana w tym przepisie nie miała miejsca w niniejszej sprawie, gdyż odwołanie wniesiono wobec nowej czynności zamawiającego. Izba w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 302/13 oddaliła odwołanie, a więc nie nakazała wykonania żadnej czynności w postępowaniu, nie znajduje zatem zastosowania również przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu Izba odrzuca odwołanie, *jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu*.

W ocenie Izby nie ma też żadnych przeszkód, aby modyfikacja SIWZ była wyrazem zmiany poglądu zamawiającego na określoną kwestię. Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut odwołującego, który wywodził, że nie sposób ustalić przesłanek, którymi kierował się zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ. Z przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika obowiązek podawania uzasadnienia faktycznego ww. czynności, obowiązek taki ustawodawca zastrzega jedynie dla szczególnie doniosłych czynności w postępowaniu (np. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia oferty - art. 92 ust. 1 pkt 2, 3, czy czynności unieważnienia postępowania - art. 93 ust. 3 ustawy Pzp).

Ponadto, jak wynika z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp prawo zamawiającego do dokonania modyfikacji SIWZ nie jest zależne od zgody wykonawców, zmiana SIWZ nie musi być również skutkiem nakazania przez Izbę czy Sąd wykonania takiej czynności w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stąd za chybione należało uznać stanowisko odwołującego, który wywodził, iż brak jest podstawy formalnej dokonania modyfikacji, gdyż *nie została wymuszona orzeczeniem Izby czy Sądu*.

Co do wątpliwości odwołującego wynikających z faktu, że modyfikacja SIWZ z 10.04.2013 r. nie była konsekwencją oficjalnych pytań lub wątpliwości zgłoszonych przez wykonawców, Izba wyjaśnia, że modyfikacji SIWZ zamawiający może dokonać z własnej inicjatywy. Modyfikacja SIWZ może, ale nie musi, być efektem udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów odwołującego skierowanych wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia. W dniu 10 kwietnia 2013 r. zamawiający zastąpił pierwotny wymóg, aby *„zabudowane interfejsy musiały pobierać informacje z*



*urządzeń srk (obwodów świateł) w sposób bezinwazyjny z pełną izolacją galwaniczną obwodów urządzeń srk i systemu ERTMS/ETCS poziom 1”, zapisem, zgodnie z którym „zabudowane interfejsy muszą pobierać informacje z urządzeń srk (obwodów świateł) w sposób bezpieczny zapewniający 4 poziom integralności bezpieczeństwa (SIL 4)”.*

W ocenie Izby istota modyfikacji sprowadza się do tego, że usunięto zapisy wskazujące na jedno, konkretne rozwiązanie techniczne, zaś w ich miejsce pojawiły się sformułowania wskazujące na oczekiwaną przez zamawiającego funkcjonalność. Z punktu widzenia reguł dotyczących konstruowania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, w tym zasady uczciwej konkurencji, jest to rozwiązanie korzystniejsze. W przypadku posłużenia się przy opisie konkretnym rozwiązaniem technicznym, zamawiający – w razie sporu – musi obronić swe stanowisko, a mianowicie, że inne rozwiązanie nie zapewni jego uzasadnionych potrzeb. Co do zasady bowiem *„specyfikacje techniczne sporządzone przez publicznych nabywców muszą umożliwić otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W tym celu musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych”* (motyw 29 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi Dz.U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Ww. problem odpada w razie posłużenia się opisem funkcjonalnym, którego istota sprowadza się do określenia celu, który ma zostać osiągnięty.

W ocenie Izby niezasadnym było stanowisko odwołującego, jakoby modyfikacja SIWZ miała umożliwić zaoferowanie rozwiązań, które mogą zagrażać bezpieczeństwu w ruchu kolejowym. Całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie pozwalał na ustalenie, aby istotnie takie zagrożenie istniało. Dostrzeżenia wymagało, że modyfikacja SIWZ umożliwiła bowiem zaoferowanie wyłącznie takich rozwiązań, które zapewnią 4 poziom integralności bezpieczeństwa (SIL 4), zgodnie z normami PN-EN 50126:2002 (U), PN-EN 50128:2002 (U) i PN-EN 50129:2003 (U) (pkt 5.4.6 tiret trzecie i pkt 5.4.6. tiret pierwsze PFU Tom III SIWZ). Jednocześnie nie było sporne pomiędzy stronami, że poziom SIL 4 jest najwyższym poziomem bezpieczeństwa. Okoliczność ta została bowiem przyznana przez odwołującego w trakcie rozprawy. Trudno uznać za niebezpieczne rozwiązanie, które spełnia najwyższy poziom bezpieczeństwa, zgodnie z właściwymi w tym zakresie normami.

Ponadto, w ocenie Izby odwołujący w sposób wybiórczy odniósł się wyłącznie do nowego brzmienia pkt 5.4.6. tiret trzecie, umknęła zaś jego uwadze dokonana jednocześnie modyfikacja postanowienia pkt 5.4.6. tiret szóste PFU. Przywoływane postanowienie nakłada na wykonawcę nowy wymóg tj. konieczność uzyskania opinii i świadectw dopuszczenia wydawanych przez właściwe organy o braku negatywnego oddziaływania

interfejsu na urządzenia srk, a także opinii iż zabudowa interfejsów nie zmienia typu urządzeń srk, z którymi będzie powiązany, względnie wymóg uzyskania świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń srk, w których dokonał zmian. Z powyższego wynika, że zamawiający nie tylko opisał oczekiwaną przez siebie funkcjonalność odnosząc ją do najwyższego, istniejącego poziomu bezpieczeństwa zgodnie z właściwymi normami, ale i dodatkowo wprowadził mechanizm, opisujący w jaki sposób zamierza weryfikować na etapie realizacji, oczekiwaną przez siebie funkcjonalność.

Co do samego konkretnego rozwiązania inwazyjnego (koderów LEU niezapewniających galwanicznej separacji obwodów) oferowanego przez przystępującego firmy Thales Polska nie zostało wykazane, iż rozwiązanie to nie zapewni bezpieczeństwa w ruchu kolejowym. Złożone przez przystępującego Siemens pismo Instytutu Kolejnictwa z 6 maja 2013 r. stanowiło jedynie dowód tego, że ww. jednostka uważa, że w razie inwazyjnego podłączenia koderów LEU systemu ETCS firmy Thales do obwodów świateł nastawnicy SIMIS-W firmy Siemens konieczna może się okazać ponowna weryfikacja dowodu bezpieczeństwa w zakresie sterowania i kontroli obwodów świateł owej nastawnicy.

Z kolei zamawiający przeprowadził dowód przeciwny. Złożył pismo Instytutu Kolejnictwa z 14.03.2013 r., z którego jednoznacznie wynika, że możliwość wpływu urządzeń przytorowych systemu ECTS poziomu 1 na pracę obwodu światła ze względu na brak oddziaływania galwanicznego była szczegółowo analizowana w odniesieniu do rozwiązania LEU PV 3.5 firmy Thales i możliwość taka w ramach analizowanego wdrożenia została wykluczona o czym świadczy wydany certyfikat WE. Ponadto, w tym samym piśmie Instytut Kolejnictwa potwierdził fakt wydania przez niego – jako jednostkę notyfikowaną certyfikatu 1467/6/SG/13/CCT/PL/110 w dniu 10.01.2013 r. Poinformował, że w ramach procesu certyfikacji sprawdzono wpływ urządzeń ETCS poziomu 1 produkcji firmy Thales na pracę obwodów świateł sygnalizatorów i na pracę urządzeń sterowania. Wystawienie certyfikatu potwierdza, że wszystkie wymagania określone przepisami prawa polskiego i wspólnotowego zostały spełnione.

W ocenie Izby z pism jednostki notyfikowanej z 14 marca i 6 maja 2013 r. wynika jednoznaczny wniosek, że jednostka ta rozwiązania firmy Thales Polska nie uważa za niebezpieczne. Podkreśla jedynie, iż istniała będzie konieczność wykluczenia ewentualnego wzajemnego negatywnego oddziaływania pomiędzy urządzeniami sterowania i ETCS w odniesieniu do każdego procesu wdrażania systemu ERTMS/ERTCS. Co więcej, zamawiający zabezpieczył się przez ww. ewentualnością wymagając, w pkt 5.4.6. tiret czwarte PFU, aby usterka w systemie ERTMS/ETCS poziom 1 nie przenosiła się na współpracujące urządzenia srk, zaś w tiret piątym wymagając aby zaoferowane interfejsy nie mogły naruszać właściwości funkcjonalnych i konstrukcyjnych urządzeń srk. Zatem

zamawiający zabezpieczył się także na ewentualność aby system ERTMS/ETCS poziom 1, będąc bezpiecznym sam w sobie, nie miał negatywnego wpływu na działanie innych urządzeń. Reasumując Izba stwierdziła, iż nie zostało wykazane, aby dopuszczone przez zamawiającego, poprzez opis funkcjonalny, rozwiązanie inwazyjne miało zagrażać bezpieczeństwu w ruchu kolejowym. Zaś o tym czy zaprojektowane i wykonane rozwiązanie będzie rozwiązaniem bezpiecznym ostatecznie rozstrzygnie jednostka notyfikowana wydając certyfikat końcowy.

Izba za chybiony uznała również zarzut odwołującego, jakoby skutkiem dokonanej przez zamawiającego modyfikacji postanowienia pkt 5.4.6. tiret trzecie PFU Tom III SIWZ była niejednoznaczność przedmiotu zamówienia. Rzeczywiście samo znajdujące się w tym zapisie sformułowanie „zabudowane interfejsy muszą pobierać dane w sposób bezpieczny” nie daje jednoznacznej odpowiedzi jakie rozwiązanie uznawane jest za bezpieczne. W ocenie Izby treść pkt 5.4.6 tiret 3 PFU pozwala jednak, w połączeniu z innymi postanowieniami SIWZ, w sposób precyzyjny zinterpretować jakiego świadczenia oczekuje zamawiający od wykonawcy. W tym celu należy wziąć pod uwagę, że nie tylko zakwestionowane postanowienie, ale też postanowienie tiret 1 pkt 5.4.6. gdzie zamawiający jednoznacznie sprecyzował, jakie rozwiązania uznaje za bezpieczne. Literalna wykładnia przywoływanych zapisów prowadzi do wniosku, że za rozwiązania bezpieczne uznawane są tylko te, które zapewniają poziom integralności SIL 4, a ponadto zgodnie z przywołanymi i wskazanymi przez zamawiającego konkretnie normami, tj. normami PN-EN 50126:2002 (U), PN-EN 50128:2002 (U) i PN-EN 50129:2003. Nieprawdziwym było zatem stwierdzenie odwołującego, że zamawiający nie wprowadził do treści SIWZ jakichkolwiek postanowień, które precyzowałyby w jaki sposób będzie oceniany wymóg, zgodnie z którym „zabudowane interfejsy muszą pobierać dane w sposób bezpieczny”. Ustawa Pzp nie konstruuje zakazu opisywania przedmiotu zamówienia poprzez odesłanie do treści właściwych norm. Co więcej wprost taki przypadek przewiduje, co wynika z art. 30 ustawy Pzp. Z wymogu jednoznaczności w rozumieniu art. 29 ust. 1 Pzp nie wynika także obowiązek wskazywania na konkretne rozwiązanie techniczne, w sytuacji gdy na rynku występuje wielość rozwiązań technicznych, które mogą zapewnić oczekiwaną przez zamawiającego funkcjonalność i odpowiadające jego potrzebom.

Chybionym było również stanowisko odwołującego, jakoby zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia uniemożliwił rzetelne i obiektywne porównanie ofert. Z natury opisu przedmiotu zamówienia dokonanego poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych wynika możliwość zaoferowania wielu rozwiązań technicznych. Powyższe nie czyni jednak złożonych ofert nieporównywalnymi. Wspólnym mianownikiem jest bowiem oczekiwana

przez zamawiającego funkcjonalność, w tym przypadku poziom bezpieczeństwa SIL 4, zgodnie z przywoływanymi normami. Zatem wszystkie oferty, które zapewnią ten poziom bezpieczeństwa będą porównywalne. Spełniony zostanie bowiem cel jaki przyświeca zamawiającemu, tj. wykonanie zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniami.

Nietrafnym okazało się stanowisko odwołującego, jakoby ustalony w wyniku modyfikacji opis przedmiotu zamówienia utrudniał uczciwą konkurencję. W ocenie Izby działanie zamawiającego polegające na określeniu wymagania w sposób funkcjonalny, zamiast wskazywania na konkretne rozwiązanie funkcjonalne może przynieść dokładnie odwrotny skutek, a mianowicie rozszerzenie, a nie ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Dopuszczona bowiem została nie tylko metoda bezinwazyjna z pełną separacją galwaniczną obwodów systemu ERTMS/ETCS i obwodów świateł (pierwotna wersja pkt 5.4.6. tiret trzecie), ale też i inne metody, które spełnią opisane w modyfikacji wymogi. Efektem zmiany SIWZ jest zatem zwiększenie, a nie zmniejszenie możliwych do zaoferowania rozwiązań technicznych. Natomiast to, że opis przedmiotu zamówienia nie będzie identycznie wygodny różnym wykonawcom nie oznacza jeszcze, że naruszono zasadę uczciwej konkurencji. Przepis art. 29 ust 2 ustawy Pzp nie daje wykonawcom prawa do narzucenia zamawiającemu konkretnego rozwiązania, jeżeli funkcjonalność wymagana przez zamawiającego może być osiągnięta także w inny sposób.

Nie zostało również wykazane, że zastosowanie rozwiązania inwazyjnego ograniczy lub uniemożliwi w przyszłości konkurencję między podmiotami przebudowywującymi czy unowocześniającymi linię kolejową. Nie świadczy o tym ewentualna konieczność uzyskania dostępu do dokumentacji technicznej rozwiązania inwazyjnego. Konieczność uzyskiwania dostępu do takiej dokumentacji jest normalnym następstwem wymogu zapewnienia kompatybilności całego systemu.

Izba wzięła pod uwagę, że zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „*uprawnieniem*

*zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)"*.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że nie potwierdziły się podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 , art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do powołanego przepisu *czynności związane z przygotowaniem postępowania oraz jego przeprowadzeniem wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm*. Uszczegółowieniem zasady bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności związane z postępowaniem wynikającej z art. 7 ust. 2 jest przede wszystkim przepis art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, określający przypadki, w których osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu. W ocenie Izby nie zostały przywołane żadne okoliczności faktyczne które mogłyby świadczyć o naruszeniu tego przepisu, czy też ogólnej zasady z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności o braku obiektywizmu osób po stronie zamawiającego (niewskazanych w odwołaniu), nie może świadczyć to, że zamawiający w trakcie postępowania, pod wpływem stanowiska zajętego przez Instytut Kolejnictwa w piśmie z 14 marca 2013 r., zmienił swoje pierwotne stanowisko prezentowane w trakcie rozprawy przez Izbą w dniu 20 lutego 2013 r. co do bezpieczeństwa rozwiązań inwazyjnych, czego efektem była dokonana modyfikacja postanowień SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.567,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r..

**Przewodniczący:** .....