

Sygn. akt: KIO 53/17

POSTANOWIENIE
z dnia 16 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Kabel-Technik – Polska sp. z o. w Czaplunku** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. w Warszawie**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kabel-Technik – Polska sp. z o. w Czaplunku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kabel-Technik – Polska sp. z o. w Czaplunku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Intercity S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie modernizacji szaf do lokomotyw elektrycznych serii EU/EP07.

W dniu 7 stycznia 2017 r. wykonawca Kabel-Technik-Polska sp. z o. w Czaplinku, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec treści wyjaśnień SIWZ, które zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 29 grudnia 2016 r. W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 8 grudnia 2016 roku, odwołujący, działając za pośrednictwem podwykonawcy, którym zamierza posłużyć się przy wykonywaniu zamówienia, złożył zapytania oraz wnioski o zmianę treści SIWZ oraz treści postanowień umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, m.in. w poniższym zakresie i w odniesieniu do:

- § 4 pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ o następującej treści: „Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne.”

Pytanie Odwołującego (nr 9): „Produkcja lokomotyw EU07 odbywała się od 1965 roku i część aparatów wpisanych w dokumentację jest niedostępna na rynku. Większa część dostępnych zamienników spełniających warunek zgodności pod względem elektrycznym i mechanicznym jest produkowana przez tylko jednego producenta na świecie. Sytuacja rynkowa dostępności zamienników komponentów powoduje, że niniejszy zapis w SIWZ w obecnym brzmieniu narusza ustawę z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji ogranicza, a zarazem uniemożliwia potencjalnym wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mimo posiadania w dużej mierze przedmiotu zamówienia najwyższej klasy światowej, którym mógłby być zainteresowany Zamawiający. Naszym zdaniem przedmiot zamówienia opisano w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. wskazane wymogi mimo określenia zakresu równoważności powodują, iż w dalszym ciągu spełnia je tylko jeden producent, podczas gdy brak jest racjonalnego uzasadnienia dla takiego sformułowania wymagań i ograniczania tym

samym uczciwej konkurencji. Bardzo prosimy o zmianę zapisu, na taki, który umożliwi stosowanie innych rozwiązań technicznych niż stosowanie komponentów będących zamiennikami aparatów z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E) zamiennych pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E). Oczekujemy, że wymagana zgodność pod względem elektrycznym i mechanicznym będzie na poziomie interfejsu pomiędzy szafą, a lokomotywą, a nie na poziomie poszczególnych aparatów, oraz że wymagane będzie zachowanie funkcjonalności oryginalnych szaf, poza zastrzeżeniem opisanym w punkcie § 4 pkt.6

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie wyraża zgody na zastosowanie innych rozwiązań niż te, które wskazano w § 4 ust. 6, 7 i 8 umowy, w tym także na poziomie poszczególnych aparatów elektrycznych”.

SIWZ, Rozdział V „Opis przedmiotu zamówienia” Pytanie Odwołującego (pyt. 19): „Czy dopuszczalne są zmiany w okablowaniu pudła NN lokomotywy wynikające np. z zastosowania w szafach WN aparatów z napędem elektromagnetycznym - chodzi o połączenia zabezpieczeń (montowanych w szafach NN) obwodów sterowniczych aparatów z napędem elektromagnetycznym w szafach WN?”

Odpowiedź Zamawiającego: „Zamawiający nie przewiduje zmian w okablowaniu, w tym także nie przewiduje się zabudowy aparatów o napędzie elektromagnetycznym.”

SIWZ, Rozdział V, pkt 8 o następującej treści: „Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne.”

Pytanie Odwołującego (pyt. 23): „Czy dopuszcza się zastosowanie styczników elektromagnetycznych w miejsce stosowanych styczników elektropneumatycznych o parametrach co najmniej równych lub wyższych ?”

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie dopuszcza zastosowania styczników elektromagnetycznych w miejsce dotychczas stosowanych styczników elektropneumatycznych”.

Pytanie Odwołującego (pyt. 24): „Czy dopuszcza się stosowanie w miejsce nawrotnika i odłącznika silników trakcyjnych z napędem pneumatycznym aparatów o takich samych lub wyższych parametrach z napędem elektromagnetycznym?”

Odpowiedź Zamawiającego: *Zamawiający nie dopuszcza zastosowania w miejsce nawrotnika i odłączników silników trakcyjnych z napędem elektropneumatycznych aparatów z napędem elektromagnetycznym.*”

Pytanie Odwołującego (pyt. 26): *„Czy w przypadku akceptacji zastosowania aparatów z napędem elektromagnetycznym i przekaźników nadmiarowych elektronicznych dopuszcza się zmianę w DSU (Dokumentacja systemu utrzymania) z uwagi na dużo mniejszy zakres czynności obsługowych proponowanych aparatów?*”

Odpowiedź Zamawiającego: *„Zamawiający nie dopuszcza zastosowania aparatów z napędem elektromagnetycznym”.*

Odwołujący wywiódł, że mając na uwadze treść § 4 ust. 7 oraz ust. 8 załącznika nr 2 do SIWZ - umowa, jak również przytoczone wyżej odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 9, 19, 23, 24, 26 do SIWZ, zamawiający, w ocenie odwołującego określa wymagania dotyczące zamówienia naruszając zasady uczciwej konkurencji poprzez wskazanie parametrów odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazujących na konkretnego producenta komponentów, które mają zostać użyte do jego realizacji oraz w tak rygorystyczny sposób określa wymagania jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że w ocenie odwołującego wątpliwym jest, aby znajdowało to uzasadnienie w potrzebach zamawiającego, tym bardziej, że na rynku powszechnie dostępne są nowsze technologie. Ponadto, dopuszczenie rozwiązań równoważnych może mieć charakter jedynie pozorny, ponieważ zgodnie z wiedzą odwołującego, na rynku europejskim istnieje tylko jeden producent komponentów, które spełniają wymogi techniczne wskazane przez zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że w jego ocenie, wymaganie zastosowania interfejsu zarówno elektrycznego jak i mechanicznego na poziomie urządzenie - szafa zgodnego z obecnym, nie jest wymogiem koniecznym, jeśli przedmiotem dostawy jest szafa o określonej funkcjonalności. Ponadto, zamawiający wyraźnie dopuszcza zastosowanie wyłącznie rozwiązań tożsamyh z oryginalnymi, ponieważ przedstawiony zakres równoważności uniemożliwia zaoferowanie innych rozwiązań technicznych, pomimo gwarancji zachowania funkcjonalności na poziomie szafa - pojazd. Mając zaś na uwadze, że na rynku europejskim styczniki, nawrotniki oraz odłączniki silników o napędzie elektropneumatycznym oferowane są tylko przez jednego producenta, niepokoi fakt, że może być on jednym z oferentów, co może doprowadzić do sytuacji, że pozostali oferenci nie będą mieli możliwości wykonania niniejszego zamówienia. Zawężenie wymagań do zgodności interfejsu szafa - pojazd - oraz wymóg zachowania funkcjonalności szafy z punktu widzenia pojazdu, w ocenie odwołującego zapewni możliwość wykonania niniejszego zlecenia przez innego wykonawcę i

jednocześnie nie spowoduje żadnych zmian w funkcjonowaniu pozostałych obwodów pojazdu. W świetle ww. okoliczności, w ocenie odwołującego zamawiający określa wymagania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji poprzez zobowiązanie oferentów do przedłożenia ofert z wykorzystaniem konkretnych urządzeń przywołanych w dokumencie pn. Dokumentacja Systemu Utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU07, EP07, EP08 zatwierdzonego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do stosowania w PKP IC z dnia 02.01.2015 r. Argumentował, że przywołana w § 4 ust. 8 załącznika do SIWZ, Dokumentacja Systemu Utrzymania określa konkretne typy urządzeń, ale także i ich nazwy (np. SPG, SNF, SEG-MA, itp.), oraz konkretne czynności obsługowe z podaniem wartości pomiarowych charakterystycznych tylko dla danych urządzeń. Brak zgody na wprowadzenie zmian w Dokumentacji Systemu Utrzymania odrzuca wszelkie inne rozwiązania, niż stosowane obecnie, co skutkuje tym, że potencjalni oferenci nie mają możliwości zaproponowania rozwiązań równoważnych.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) W zakresie treści § 4 pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ oraz Rozdziału V SIWZ pkt 8: żądanie zmiany zapisu, na taki, który umożliwi zastosowanie innych rozwiązań technicznych niż użycie komponentów będących zamiennikami aparatów z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E) zamiennych pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E). Odwołujący, oczekuje, aby wymagana zgodność pod względem elektrycznym i mechanicznym występowała na poziomie interfejsu pomiędzy szafą, a lokomotywą, a nie na poziomie poszczególnych aparatów, przy wymaganym zachowaniu funkcjonalności oryginalnych szaf, poza zastrzeżeniem opisanym w punkcie § 4 pkt.6 ww. załącznika.
- 2) W zakresie odpowiedzi na pytania do SIWZ nr 19, 23, 24, 26: żądanie dopuszczenia możliwości zastosowania styczników elektromagnetycznych w miejsce styczników elektropneumatycznych o parametrach co najmniej równych lub wyższych, oraz dopuszczenie zastosowania w miejsce nawrotnika i odłącznika silników trakcyjnych z napędem pneumatycznym aparatów o takich samych lub wyższych parametrach z napędem elektromagnetycznym.
- 3) W zakresie treści § 4 pkt 8 Załącznika nr 2 do SIWZ oraz Rozdziału V SIWZ pkt 9: żądanie odstąpienia od wymagania zgodności przedmiotu zamówienia z Dokumentacją Systemu Utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU07, EP07, EP08 zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do stosowania w PKP IC z dnia 02.01.2015 r. w zakresie dotyczącym obsługi szaf oraz urządzeń zainstalowanych w szafach.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, wniosków i odpowiedzi zamawiającego na wnioski o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ z dnia 29 grudnia 2016 r. odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2016 r. Nr 2016/S 225-410478. W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Rozdział V SIWZ, zatytułowany „opis przedmiotu zamówienia”, zawiera m.in. następujące postanowienia:

1. Przedmiotem umowy jest *wykonanie modernizacji 14 kompletów szaf aparaturowych WN i NN do lokomotyw elektrycznych serii EU/EP07.*
5. *Przed dostarczeniem przedmiotowych konstrukcji wsporczych Zamawiający we własnym zakresie dokonuje demontażu zamontowanych uprzednio aparatów i ich oprzewodowania. Proces regeneracji i adaptacji dostarczonych konstrukcji pozostaje w gestii Wykonawcy.*
6. *W trakcie modernizacji szaf aparaturowych Wykonawca zobowiązany jest pozostawić interfejsy przyłączeniowe obwodów WN w tych samych miejscach, w których występowały one pierwotnie. Interfejsy przyłączeniowe obwodów NN - w miejsce listew zaciskowych KZB i KZC Wykonawca zobowiązany jest zastosować system złącz szybko-złącznych.*
7. *W ramach modernizacji należy także wykonać następujące prace:*
 - a) *zdalne sterowanie odłącznikami silników trakcyjnych z panelu umieszczonego w korytarzu przedziału maszynowego na tylnej osłonie na szafy WN2 (miejsce dostępne i bezpieczne dla maszynisty),*
 - b) *przeprowadzić okablowanie w kanałach kablowych,*
 - c) *wyposażyć szafy WN1 w ogranicznik przepięć.*
8. *Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne.*

9. *Modernizowane szafy aparatuowe powinny być zgodne z Dokumentacją Systemu Utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU07, EP07, EP08 zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do stosowania w PKP IC z dnia 02.01.2015 r.*

15. *Szczegółowe warunki realizacji przedmiotu zamówienia, określa wzór umowy stanowiący Załącznik nr 2 do SIWZ*

Identyczne postanowienia zostały przez zamawiającego zamieszczone odpowiednio w § 4 ust. 1, 4, 5, 6, 7, 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Izba ustaliła również, iż w dniu 29 grudnia 2016 r. zamawiający:

1) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

- § 4 pkt 7 Załącznika nr 2 do SIWZ o następującej treści: *„Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne.”*

„Produkcja lokomotyw EU07 odbywała się od 1965 roku i część aparatów wpisanych w dokumentację jest niedostępna na rynku. Większa część dostępnych zamienników spełniających warunek zgodności pod względem elektrycznym i mechanicznym jest produkowana przez tylko jednego producenta na świecie. Sytuacja rynkowa dostępności zamienników komponentów powoduje, że niniejszy zapis w SIWZ w obecnym brzmieniu narusza ustawę z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji ogranicza, a zarazem uniemożliwia potencjalnym wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mimo posiadania w dużej mierze przedmiotu zamówienia najwyższej klasy światowej, którym mógłby być zainteresowany Zamawiający. Naszym zdaniem przedmiot zamówienia opisano w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. wskazane wymogi mimo określenia zakresu równoważności powodują, iż w dalszym ciągu spełnia je tylko jeden producent, podczas gdy brak jest racjonalnego uzasadnienia dla takiego sformułowania wymagań i ograniczania tym samym uczciwej konkurencji. Bardzo prosimy o zmianę zapisu, na taki, który umożliwi stosowanie innych rozwiązań technicznych niż stosowanie komponentów będących zamiennikami aparatów z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E) zamiennych pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E). Oczekujemy, że wymagana zgodność pod względem elektrycznym i mechanicznym będzie na

poziomie interfejsu pomiędzy szafą, a lokomotywą, a nie na poziomie poszczególnych aparatów, oraz że wymagane będzie zachowanie funkcjonalności oryginalnych szaf, poza zastrzeżeniem opisanym w punkcie § 4 pkt.6

udzielił odpowiedzi: Zamawiający nie wyraża zgody na zastosowanie innych rozwiązań niż te, które wskazano w § 4 ust. 6, 7 i 8 umowy, w tym także na poziomie poszczególnych aparatów elektrycznych (pytanie nr 9),

- 2) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

SIWZ, Rozdział V „Opis przedmiotu zamówienia”

„Czy dopuszczalne są zmiany w okablowaniu pudła NN lokomotywy wynikające np. z zastosowania w szafach WN aparatów z napędem elektromagnetycznym - chodzi o połączenia zabezpieczeń (montowanych w szafach NN) obwodów sterowniczych aparatów z napędem elektromagnetycznym w szafach WN?

udzielił odpowiedzi: Zamawiający nie przewiduje zmian w okablowaniu, w tym także nie przewiduje się zabudowy aparatów o napędzie elektromagnetycznym. (pytanie nr 19),

- 3) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

„Rozdział V, pkt 8 o następującej treści: „Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne.”

„Czy dopuszcza się zastosowanie styczników elektromagnetycznych w miejsce stosowanych styczników elektropneumatycznych o parametrach co najmniej równych lub wyższych ?”

udzielił odpowiedzi: Zamawiający nie dopuszcza zastosowania styczników elektromagnetycznych w miejsce dotychczas stosowanych styczników elektropneumatycznych (pytanie nr 23),

- 4) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

SIWZ rozdział V pkt 8 - „Czy dopuszcza się stosowanie w miejsce nawrotnika i odłącznika silników trakcyjnych z napędem pneumatycznym aparatów o takich samych lub wyższych parametrach z napędem elektromagnetycznym?”

udzielił odpowiedzi: Zamawiający nie dopuszcza zastosowania w miejsce nawrotnika i odłączników silników trakcyjnych z napędem elektropneumatycznych aparatów z napędem elektromagnetycznym (pytanie nr 24),

- 5) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu:

SIWZ Rozdział V pkt 8 - *Czy w przypadku akceptacji zastosowania aparatów z napędem elektromagnetycznym i przekaźników nadmiarowych elektronicznych dopuszcza się zmianę w DSU (Dokumentacja systemu utrzymania) z uwagi na dużo mniejszy zakres czynności obsługowych proponowanych aparatów ?*

udzielił odpowiedzi: *Zamawiający nie dopuszcza zastosowania aparatów z napędem elektromagnetycznym.* (pytanie nr 26).

W dniu 7 stycznia 2017 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Nie ulega wątpliwości, że z rozdziału V pkt 8 SIWZ opublikowanej 22 listopada 2016 r. wynikało, że wykonawca zobowiązany jest wyposażyć modernizowane szafy WN i NN w fabrycznie nowe, obecnie produkowane, lub komponenty będące zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), oraz być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E), o parametrach co najmniej równych lub wyższych niż oryginalne. Powyższe wynikało również w sposób wyraźny z postanowień § 4 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ.

Zatem już tej dacie odwołujący mógł domagać się – jak wskazał w odwołaniu - zmiany zapisu, na taki, który umożliwi zastosowanie innych rozwiązań technicznych niż użycie komponentów będących zamiennikami aparatów z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E) zamiennych pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E). Mógł także domagać się, aby wymagana zgodność pod względem elektrycznym i mechanicznym występowała na poziomie interfejsu pomiędzy szafą, a lokomotywą, a nie na poziomie poszczególnych aparatów, przy wymaganym zachowaniu funkcjonalności oryginalnych szaf.

Również w tej dacie odwołujący mógł domagać się odstąpienia od wymogu zastosowania komponentów będących zamiennikami aparatów oryginalnych z dokumentacji oryginalnych producentów lokomotyw (EU/EP07 typu 303E i 4E), które musiały być zamienne pod względem elektrycznym i mechanicznym z eksploatowanymi obecnie w

lokomotywach serii EU/EP07 (typu 303E i 4E). Wymóg ten wykluczał bowiem możliwość zastosowania styczników elektromagnetycznych w miejsce styczników elektropneumatycznych oraz zastosowania w miejsce nawrotnika i odłącznika silników trakcyjnych z napędem pneumatycznym aparatów z napędem elektromagnetycznym.

Nie ulega także najmniejszej wątpliwości, że z rozdziału V pkt 9 SIWZ opublikowanej 22 listopada 2016 r. wynikało, że *Modernizowane szafy aparaturowe powinny być zgodne z Dokumentacją Systemu Utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU07, EP07, EP08 zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do stosowania w PKP IC z dnia 02.01.2015 r.* Powyższe wynikało również w sposób wyraźny z postanowień § 4 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający wymagał zatem zachowania pełnej zgodności z tym dokumentem, w tym również w zakresie dotyczącym obsługi szaf oraz urządzeń zainstalowanych w szafach.

Zatem już tej dacie odwołujący mógł domagać się – jak wskazał w odwołaniu - odstąpienia od wymagania zgodności przedmiotu zamówienia z Dokumentacją Systemu Utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU07, EP07, EP08 zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do stosowania w PKP IC z dnia 02.01.2015 r. w zakresie dotyczącym obsługi szaf oraz urządzeń zainstalowanych w szafach.

A więc już w dniu 22 listopada 2016 r., w oparciu o SIWZ, odwołujący, działający z należytą starannością, wymaganą w warunkach postępowania pomiędzy profesjonalistami, mógł i powinien wiedzieć o tym, że zamawiający nie dopuścił możliwości zastosowania rozwiązań, które odwołujący wskazał w odwołaniu.

Skoro odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ opublikowanej w dniu 22 listopada 2016 r. wiedział, że wnioskowane przez odwołującego rozwiązania techniczne nie zostały dopuszczone, mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec treści SIWZ odwołujący zdecydował się w dniu 8 grudnia 2016 r., za pośrednictwem swego podwykonawcy, w formie wniosku o wyjaśnienie SIWZ, wystosować do zamawiającego wezwanie do zmiany postanowień SIWZ. Podtrzymanie stanowiska przez zamawiającego, który w dniu 29 grudnia 2016 r. podtrzymał pierwotne wymogi SIWZ, które nie dopuszczały możliwości zaoferowania rozwiązania proponowanego przez odwołującego nie spowodowało zatem żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie na zasadzie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Stan opisany w SIWZ, polegający na braku możliwości zastosowania rozwiązania wskazanego w odwołaniu trwał od początku, tj. od dnia 22 listopada 2016 r. Odpowiedzi na

pytania z dnia 29 grudnia 2016 r. nie wprowadziły nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by to zmieniały.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający podtrzymuje treść SIWZ nie wyrażając zgody na zmianę jej treści nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawcy uzyskują wiadomość o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w rozumieniu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

W świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2016 r., w tej samej dacie SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął zatem w dniu 2 grudnia 2016 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 7 stycznia 2017 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 7 stycznia 2017 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienie odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: