

Sygn. akt: KIO 1217/13

WYROK

z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2013 r. przez wykonawcę **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, adres: ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Przebudowa Stacji Strzałki realizowana w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 Centralna Magistrala Kolejowa”.

Postępowanie toczy się po otwarciu ofert, ale przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. W dniu 23 maja do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Krakowskich Zakładów Automatyki S.A., z siedzibą w Krakowie, adres: ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, zwanego dalej „odwołującym”. Odwołanie zostało wniesione na czynności podjęte przez zamawiającego w toku postępowania polegające na zmianie opisu przedmiotu zamówienia, tj. postanowień załącznika A do cz. III SIWZ dokonane przez Zamawiającego w dniach 17 maja 2013 roku i 20 maja 2013 roku. oraz na zmianie opisu przedmiotu zamówienia w cz. III - opisie przedmiotu zamówienia - STWiORB - w dniu 21 maja 2013 roku.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 28 marca 2013 roku. Przedmiotem postępowania jest Przebudowa stacji Strzałki i obejmuje:

- wykonanie robót budowlanych z obsługą geodezyjną
- opracowanie i dostarczenie zamawiającemu dokumentacji powykonawczej obejmującej cały zakres robót sporządzonej w języku polskim zgodnie z wymogami prawa budowlanego, geodezyjnego i kartograficznego oraz D-19 „Instrukcją o organizacji i wykonywaniu pomiarów w geodezji kolejowej” w 6 egz. w formie papierowej i elektronicznej.

We wniesionym odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, które uniemożliwia wykonawcom przygotowanie i złożenie prawidłowej oferty w postępowaniu.
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. Naruszenie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, z uwagi na dokonane zmiany SIWZ.
4. Naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez takie ukształtowanie obowiązków wykonawców, które jest sprzeczne z właściwością stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego.

5. Naruszenie art. 7 ust 1 w zw z art. 29 ust 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a w efekcie nierówne traktowanie wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. Merytoryczne rozpoznanie odwołania.
2. Nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny dla prawidłowego przygotowania oferty.
3. Nakazanie dokonania modyfikacji SIWZ polegających na usunięciu postanowień wprowadzających niejednoznaczne, niewyczerpujące i uniemożliwiające oszacowanie ryzyk postępowania, a w ślad za tym - szacowanie zakresu przedmiotowego oferty w szczególności poprzez:
 - a. usunięcie zapisów dotyczących gwarancji na urządzenia systemu ETCS,
 - b. zmianę zapisów zgodnie z treścią uzasadnienia

Na wstępie odwołania wskazał, że gdyby zamawiający uczynił zadość przepisom ustawy Pzp to odwołujący mógłby przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę i uzyskać zamówienie, które jest przedmiotem postępowania. Sposób opisania warunków realizacji „wymagań dotyczących zabudowanego systemu ETCS 1” powoduje, że odwołujący prawdopodobnie nie będzie w stanie złożyć oferty w postępowaniu, a co najmniej i na pewno - nie jest w stanie przygotować jej w sposób rzetelny, uwzględniający wszystkie koszty związane z zamówieniem.

Odwołujący wskazał- co w trakcie rozprawy doprecyzował, że wniesione odwołanie dotyczy zmiany SIWZ z 20 maja 2013 roku dotyczącej zmiany brzmienia pkt 6 załącznika A do części III SIWZ.

Zgodnie z dokonana zmianą odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie z treści SIWZ w ww. pkt 6 zdania pierwszego / poniżej tekst pogrubiony/. Punkt 6 po zmianie z 20 maja 2013 roku otrzymał brzmienie „**Wykonawca dostosuje urządzenia ETCS do zabudowanych urządzeń srk w taki sposób, aby zachować w pełnym zakresie gwarancję Thales sp. z o.o. wynikającą z umowy Nr 60/005/009/1101343/009/II lub obejmie ten zakres gwarancją własną. Zamawiający wymaga, aby powiązania systemu ETCS z nowymi urządzeniami nie naruszało trwałości projektu „Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 na odcinku linii kolejowej E65, CMK Grodzisk Mazowiecki- Zawiercie” współfinansowanego ze środków europejskich**”.

Uzasadniając powyższy zarzut podniósł, że wprowadzony przez zamawiającego zapis dotyczący sposobu zapewnienia ciągłości gwarancji jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co uniemożliwia ocenę przez wykonawców czy ich oferta spełnia czy też nie wymogi zamawiającego. Podał, że zamawiający wprowadził w swojej specyfikacji (punkt 2.6 w Załączniku A do cz. III SIWZ) wymóg, aby zakres prac zrealizowanych przez wykonawcę nie

naruszał postanowień gwarancji, która w innym postępowaniu została mu udzielona przez wykonawcę tj. Konsorcjum Thales w związku z wykonaniem zamówienia na „Projekt i zabudowę systemu ETCS poziom 1 na odcinku: od km 0,508 stacja Grodzisk Mazowiecki do km 113,133 szlak Opoczno Płd.- Olszanowice (Etap2). Do dokumentacji postępowania dołączona została karta gwarancji oraz kopia umowy zawartej pomiędzy wykonawcą i zamawiającym (warunki kontraktowe FIDIC). Zamawiający nie przekazał wykonawcom warunków zakupionej gwarancji. Niezależnie od powyższego wymogu związanego z systemem ECTS zamawiający wymaga od wykonawców w postępowaniu 3-letniego okresu gwarancji dla całego przedmiotu zamówienia z wyłączeniem punktu 1.6.12 części III SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie przy przebudowie urządzeń sterowania ruchem wymagany był do 21 maja 2013 roku 12-miesięczny termin gwarancji.

W ocenie odwołującego usprawiedliwione potrzebami zamawiającego jest żądanie gwarancji na roboty budowlane wykonywane przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu (jak w pierwotnym ogłoszeniu). Zdaniem odwołującego - usprawiedliwione byłoby żądanie, aby wykonawca, który zdemontował i po wykonaniu robót budowlanych ponownie zamontował urządzenia systemu ECTS odpowiadał z tytułu gwarancji za ewentualnie uszkodzenia urządzeń, których demontażem i ponownym montażem się zajmował.

Nie można jednak według odwołującego - zaakceptować sytuacji, w której realizacja zamówienia przez podmiot inny niż Konsorcjum Thales skutkować będzie obowiązkiem udzielenia gwarancji na całość systemu ECTS, który wdrożony został na ponad stukilometrowym odcinku torów w ramach innej umowy zrealizowanej przez Konsorcjum Thales.

Zdaniem odwołującego nie można uznać za zgodne z wymogiem jednoznacznego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia rozwiązania, w którym zamawiający przekazuje wykonawcom kopię dokumentu gwarancji (tj. samej karty gwarancyjnej) i kopię umowy jednak bez oferty Konsorcjum Thales, w której sformułowane były warunki gwarancji, zobowiązując ich do interpretacji treści zapisów. To Zamawiający negocjował kontrakt z Konsorcjum Thales, ustalał odstępstwa od warunków FIDIC, uzgadniał warunki gwarancji i odbierał dostarczony system ETCS.

W zakresie naruszenia art. 38 ust 6 ustawy Pzp zarzucił zamawiającemu, że nie przedłużył on terminu otwarcia ofert pomimo tego iż po zmianie SIWZ był do tego zobowiązany, gdyż wprowadzona zmiana SIWZ spowodowała sytuację, że wykonawcom potrzebny jest dodatkowy czas na przygotowanie oferty.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i podniósł, że w zakresie pkt 2 żądań już w dniu 15.05.2013 r. w związku ze zmianą treści SIWZ przedłużył termin składania ofert do dnia 24.05.2013 roku

Następnie wobec wniesienia odwołania termin składania ofert został przedłużony do dnia 14.06.2013 r. W tej sytuacji jego zdaniem wnioszek sformułowany w pkt 2 należy uznać za bezprzedmiotowy, gdyż wykonawcy mieli wystarczającą ilość czasu na dostosowanie ofert do wymagań SIWZ. Natomiast odnosząc się do zarzutu żądania zmiany postanowienia SIWZ wskazanej w pkt 3 zarzutów zarzucił, że odwołujący nie wskazał na czym ma polegać zmiana treści SIWZ. Odwołujący nie wskazał bowiem, które postanowienia SIWZ winny być jego zdaniem usunięte, a ewentualnie jaka nowa treść winna być do SIWZ wprowadzona. Równocześnie zaznaczył, iż ze względu na upływ terminu do wniesienia odwołania żądania odwołującego nie mogą odnosić się do treści SIWZ w brzmieniu ustalonym na dzień 16.04.2013 r. Żądania mogą dotyczyć wyłącznie zmian treści SIWZ wprowadzonych przez zamawiającego w dniach 17.05., 20.05. i 21.05.2013 r. w stosunku do treści ustalonej na dzień 16.04.2013 r.

Podał iż jego zdaniem ukształtowana ostatecznie treść SIWZ w wyniku dokonanych zmian winna być oceniona jako znacznie korzystniejsza w stosunku do wersji wcześniejszej, pod względem warunków realizacji zamówienia, gdyż został wyeliminowany obowiązek współdziałania z wykonawcą urządzeń ETCS tj. firmą THALES.

Ponadto stwierdził, że wykonawcy nie mogą liczyć na dostosowanie wymagań SIWZ do ich możliwości czy też oczekiwań, gdyż zamawiający opisując przedmiot zamówienia i określając warunki jego realizacji zamawiający zmuszony był uwzględnić specyficzne uregulowania odnoszące się do stosowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk).

Wskazał, że przytorowe urządzenia zainstalowane przez firmę Thales na stacji Strzałki stanowią część europejskiego systemu sterowania pociągami (ETCS) zabudowanego na całej linii nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa (CMK) i obejmują urządzenia stacyjne oraz liniowe, na które Urząd Transportu Kolejowego (UTK) wydaje świadectwo dopuszczenia do eksploatacji po uzyskaniu pozytywnej opinii z badań wykonanych przez *Jednostkę upoważnioną* zgodnie z *Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 7 sierpnia 2012 roku w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu*.

Dlatego też w zmienionym SIWZ zamawiający dopuścił możliwość demontażu i ponownego montażu urządzeń ETCS w obrębie stacji Strzałki przez każdego wykonawcę (bez udziału firmy Thales) pod warunkiem udzielenia gwarancji na zakres dostosowania urządzeń ETCS wraz z uaktualnieniem certyfikacji w tym obszarze zmian do nowego systemu stacyjnego srk. Tym samym tak postawiony wymóg przez zamawiającego nie narusza w najmniejszym stopniu którejkolwiek z zasad zawartych w art. 7 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższą odpowiedź zamawiającego odwołujący w ramach odniesienia się do argumentacji tam przedstawionej złożył pismo procesowe w którym stwierdził, że linia argumentacji zamawiającego zawarta w jego piśmie jest niezgodna z

brzmieniem opracowanej przez niego dokumentacji.

Podniósł, że niesłuszna jest argumentacja zamawiającego, zgodnie z którą zmiana treści SIWZ dokonana w dniu 17 maja 2013 roku (oraz w późniejszych datach) jest korzystniejsza dla wykonawców.

Jednakże odwołujący przyznał, że wskutek powyższej zmiany usunięty został zapis w sposób oczywisty naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. zapis, w którym zamawiający wskazywał, która konkretnie firma ma zrealizować określoną część zamówienia. Jednakże wg odwołującego nie sposób obronić tezy, że wprowadzona zmiana przyniosła korzyść wykonawcom, gdyż w miejsce kategoriernego wskazania, kto ma wykonać usługę demontażu i ponownego montażu urządzeń ETCS zamawiający wprowadził bowiem inne żądanie, tj. żądanie, aby każdy inny niż konsorcjum Thales wykonawca dodatkowo zaoferował gwarancje w pełnym zakresie, w jakim udzielił jej Thales.

Zdaniem odwołującego z treści ww. postanowienia SIWZ w brzmieniu: *„Wykonawca dostosuje urządzenia ETCS do zabudowywanych urządzeń srk w taki sposób, aby zachować w pełnym zakresie gwarancję Thales Sp. z o. o. wynikającą z umowy Nr 60/005/009/11010343/009/1/1 lub obejmie ten zakres gwarancją własną.”* jednoznacznie wynika, że zamawiający oczekuje aby wykonawca przedmiotowego zamówienia, udzielił gwarancji na całość systemu bezpieczeństwa ETSC który wykonał Thales sp. z o.o. tj urządzeń ETCS poziomu 1 na odcinku od km 0,508 stacja Grodzisk Mazowiecki do km113,133 szlak Opoczno Płd - Olszamowice (ETAP2).

Ponadto odwołujący nadal nie zgadza się że wobec przesunięcia terminu składania ofert wskutek wniesienia odwołania zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 Ustawy Pzp stracił swoją aktualność. Przesunięcie terminu składania ofert wobec odstąpienia od zapewnienia jednoznaczności zmienionych zapisów SIWZ nie umożliwia przygotowania niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp .

Podstawową kwestią sporu w przedmiotowej sprawie jest to w jaki sposób należy interpretować postanowienia SIWZ, tj. czy wykonawca przedmiotowego zamówienia ma objąć gwarancją system bezpieczeństwa ETSC tylko na obszarze wykonywanych robót – czyli na stacji Strzałki czy też ma objąć gwarancją ten system na całym odcinku na jakim został wykonany i objęty gwarancją wykonawcy Thales sp. z o.o.

Kwestia pozostałych zarzutów – jak stwierdził odwołujący na rozprawie jest pochodną uznania zarzutu dotyczącego gwarancji na system ETSC. Tym samym pozostałe zarzuty są nierozzerwalnie związane z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego warunków udzielenia gwarancji na system ETCS i mają one znaczenie dla odwołującego w sytuacji nakazania zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania.

W trakcie rozprawy odwołujący doprecyzował treść tego zarzutu dotyczącego gwarancji w ten sposób, że wskazał iż domaga się aby nakazać zamawiającemu wykreślenie zdania pierwszego pkt. 6 modyfikacji SIWZ z 20 maja 2013 roku – zdanie to dla jego wykazania zostało w tekście odwołania zaciemnione.

Na wstępie rozpatrywania tego zarzutu wskazać należy, że istotną kwestią jest to, że przedmiotowe zamówienie udzielane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Ponadto według zamawiającego prawidłowe jego wykonanie ma nierozzerwalny związek – po pierwsze – z możliwością zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu kolejowym, a po drugie – daje możliwość aby pociągi poruszające się po tych torach mogły rozwijając wysokie prędkości jazdy. Tym samym powyższe względy miały wpływ na opis przedmiotu zamówienia.

Rozpatrując przedmiotowy zarzut wskazać należy na wstępie, że opis ten jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

Z drugiej jednak strony wskazać należy, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ „ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (*wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrow, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80*)

Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, że to Zamawiający ustala obowiązującą w postępowaniu treść SIWZ. i wykonawcy mają obowiązek się do niej stosować, tak dalece, jak nie narusza ona przepisów prawa, pod rygorem narażenia się na negatywne konsekwencje. Nie należy również zapominać o tym, że postępowanie to jest adresowane do

podmiotów określonej branży - do profesjonalistów w dziedzinie robót budowlanych w kolejnictwie. Tym samym wykonawca, profesjonalista w obrocie gospodarczym, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 757/12).

Inną jeszcze istotną kwestia dla rozpatrzenia przedmiotowego zarzutu jest to iż specyfikację istotnych warunków zamówienia należy czytać i interpretować wraz z załączonymi do niej załącznikami, gdyż biorąc pod uwagę niezbędną przejrzystość opisu przedmiotu zamówienia nie jest pożądane z redakcyjnego punktu widzenia, aby w każdym miejscu SIWZ w sposób szczegółowy opisywać każdy element nań się składający. SIWZ należy czytać łącznie wraz z treścią jego załączników. Natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący i przystępujący domagali się wykreślenia części postanowienia SIWZ zupełnie pomijając fakt, że z podstawowego dokumentu – jeśli chodzi o gwarancję tj. wzoru dokumentu gwarancji i postanowień projektu umowy wynikało coś innego niż to próbowali wywieść z ww. zdania pierwszego pkt 6 załącznika A części III SIWZ pkt 2.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego zamówienia należy odnieść się do stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie iż odwołujący nie wskazuje na czym ma polegać zmiana treści SIWZ. *„Odwołujący się nie wskazuje bowiem, które postanowienia SIWZ winny być jego zdaniem, usunięte, a ewentualnie jaka treść winna być do SIWZ wprowadzona”.*

W tym zakresie Izba uznaje zasadność stanowiska zamawiającego, stwierdzając iż zarzut ten nie został w sposób prawidłowy i pełny wskazany w treści odwołania. Jak wyżej wskazano to dopiero na etapie rozprawy odwołujący w doprecyzował, że wnosi o wykreślenie zdania pierwszego pkt 6 /treść zaciemiona/ modyfikacji SIWZ z 20 maja 2013 roku.

W tym zakresie stwierdzić należy, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ czy też treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. W tej sytuacji sformułowana przez odwołującego nowa, proponowana treść postanowienia SIWZ, która ma zmienić treść dotychczasową, jest zarzutem odwołania. Odwołujący przedstawiając ją w zarzucie odwołania wskazuje czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, która zdaniem odwołującego narusza przepisy Ustawy Pzp.

Izba w tym zakresie nie może kreować samodzielnie treści nowego postanowienia SIWZ, ustalając za odwołującego nową treść jego postanowienia, dlatego też ogólnikowe sformułowanie zarzutu nie jest wystarczające. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, tym samym Izba poddaje ocenie podniesione zarzuty co do sprzeczności dotychczasowej treści SIWZ z ustawą, a nie dokonuje ich formułowania za odwołującego. Nadto formułowanie dopiero na rozprawie wnioskowanej zmiany treści SIWZ, narusza prawo

zamawiającego, jako strony, do dokonania analizy zasadności podniesionego zarzutu i oświadczenia się co ewentualnego jego uwzględnienia przed rozprawą, bądź przygotowania odpowiedniej linii obrony przed zarzutami odwołującego.

W nawiązaniu do powyższego stwierdzić należy również, że Izba nie uznaje za zasadne uznanie żądania wykreślenia z treści SIWZ całego ww. zdania pierwszego pkt. 6. Zgoda na takie wykreślenie powodowałaby, że wykonawca nie byłby zobowiązany do dostosowania urządzenia ETSC do zbudowywanych urządzeń srk. Tym samym po ich wykonaniu nie było by możliwe ich zestrojenie co jest niezbędnym warunkiem ich wzajemnego współdziałania. Ponadto zaproponowana przez odwołującego już w trakcie rozprawy ewentualna modyfikacja ww. zdania pkt 6 również zdaniem Izby, popierającym stanowisko zamawiającego, jest niezasadna, gdyż wnioskowanie, aby wprowadzić treść iż *„Powyższe nie oznacza objęcia gwarancją prac wykonanych przez Thales w ramach umowy nr 60/005/009/11010343/009/II”*. powodowałoby sytuację iż wykonawca który wykonując przedmiot zamówienia dokona ingerencji w ten system ETSC nie byłby zobowiązany do ponownego takiego zestrojenia wykonanych robót z systemem ETCS, iż systemy te nie będą ze sobą współpracowały. W tym zakresie zasadne jest przywołanie wyjaśnień zamawiającego który stwierdził, że *w zasadzie mamy dwa systemy bezpieczeństwa. Pierwszy w warstwie podstawowej znajdujący się w torach oraz system nadrzędny zwany ETCS. Wykonawca w trakcie realizacji tego zamówienia będzie ingerował zarówno w system bezpieczeństwa funkcjonujący w warstwie podstawowej torów, gdyż będzie go na stacji wykonywał, jak i będzie zmuszony na ingerencję w system ETCS. Zgodnie z zapisem treści postanowień SIWZ zamawiający po dokonaniu modernizacji przebudowy stacji Strzałki i wykonaniu nowych urządzeń bezpieczeństwa w warstwie podstawowej będzie zobowiązany do zestrojenia funkcjonowania tego systemu z systemem ETCS.*

Równocześnie odnosząc się do zasadności tego zarzutu w zakresie zasadności merytorycznej, niezależnie od powyższych zastrzeżeń natury proceduralnej, Izba uznaje go za niezasadny. W świetle stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, treści załącznika dot. gwarancji udzielanej przez wykonawcę oraz wzoru umowy, a także stanowiska podanego do protokołu rozprawy jednoznacznie wynika, że zarzucanie przez odwołującego iż część zamówienia dotycząca integracji wykonanych robót winna być wykonana tylko przez wykonawcę Thales, a wykonawca ten do wykonania tych robót winien być wyłoniony w trybie osobnego zamówienia – z wolnej ręki, oraz iż gwarancją mają być objęty cały odcinek systemu ETCS wykonany przez Thales jest niezasadny. W tym zakresie ustalono, że przedmiot niniejszego zamówienia ma zostać wykonany do 28 listopad 2014r. System bezpieczeństwa ETSC stanowi własność zamawiającego. Udzielona przez wykonawcę Thales gwarancja na ten system wygasa w marcu 2014 roku. Nie ma potrzeby utrzymywania sprawności tego systemu przez okres wykonywania robót, gdyż system ten ze

względu na brak urządzeń odbiorczych zainstalowanych w pociągach, obecnie jest praktycznie nie wykorzystywany. Tym samym nie ma żadnych podstaw aby twierdzić, że każda ingerencja w ten system bezpieczeństwa będzie wymagała zgody wykonawcy Thales, gdyż ingerencja w ten system będzie odbywała się za zgoda właściciela- zamawiającego, a odbiór robót po wykonaniu zamówienia będzie dokonany już po upływie okresu gwarancyjnego na ten system. Ponadto zamawiający będzie sprawował stały nadzór nad wykonywaniem zamówienia i tym samym będzie współpracował w wybranym wykonawcą zarówno na etapie projektowania jak i wykonawstwa przedmiotowego zamówienia. Niezasadne są też obawy co konieczności udzielenia gwarancji na system bezpieczeństwa ETNSC w całym zakresie jego oddziaływania, gdyż system ETCS tzw. poziomu pierwszego jest systemem rozproszonym, a więc jest ograniczony do odpowiedniej przestrzeni. Odnosząc to do przebudowywanej stacji kolejowej Strzałki można za zamawiającym stwierdzić że przebudowa stacji może mieć maksymalny wpływ na system ETCS w odległościach do ok. 5km od tej stacji.

Tym samym Izba nie uznaje za zasadne w świetle powyższego dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści SIWZ, co skutkuje nie uwzględnieniem zarzutu.

Na marginesie tego zarzutu wskazać należy, że wszystkie wątpliwości odwołującego w podnoszonym zakresie mogły zostać wyjaśnione poprzez zadanie pytania zamawiającemu. Odwołujący jednakże nie skorzystał z powyższego uprawnienia i nie zwrócił się o wyjaśnienie SIWZ w zakresie podnoszonym w zarzucie podnosząc, że było zbyt mało czasu na zadanie takiego pytania. Trudno zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, gdyż zasady udzielania wyjaśnień wskazane w art. 38 odnoszą się również do nowej wprowadzonej do SIWZ treści i należy stosować je odpowiednio. Nie można by zaakceptować sytuacji iż zamawiający dokonując zmian SIWZ na krótko przed terminem otwarcia ofert byłby zwolniony z obowiązku udzielenia odpowiedzi wykonawcy.

Odnosząc się do treści pozostałych zarzutów- w związku nieuwzględnieniem zasadności zarzutu dotyczącego zmiany postanowień SIWZ, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp i kc wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp..

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący