

Sygn. akt: KIO 908/16
Sygn. akt: KIO 909/16
Sygn. akt: KIO 934/16

WYROK

z dnia 20 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 10 oraz 13 czerwca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę **Izba Gospodarcza Transportu Lądowego, Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa,**
- B. w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę **Izba Gospodarcza Transportu Lądowego, Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa,**
- C. w dniu 31 maja 2016 r. przez wykonawcę **Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy **Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe "Bieżanów" Sp. z o.o., ul. Półłanki 25, 30-740 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 908/16 oraz KIO 909/16 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **KZN Rail Sp. z o.o., ul. Półłanki 25, 30-740 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 908/16 oraz KIO 909/16 po stronie odwołującego,

- C. wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 909/16 oraz KIO 934/16 po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 909/16 po stronie odwołującego,
- E. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 934/16 po stronie odwołującego,

orzeka:

1A. Oddala odwołanie o sygn. KIO 908/16

1B. Oddala odwołanie o sygn. KIO 909/16

- 1 1.C. Uwzględnia odwołanie o sygn. KIO 934/16 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- wprowadzenie w treści Programu Funkcjonalno - Użytkowego w zakresie obowiązku dostarczenia na plac budowy w pełni zmontowanych rozjazdów (w blokach) wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli na plac budowy (TOM III SIWZ punkt 5.2.2.) możliwości zastosowania innych technologii dostarczenia i montażu rozjazdów na plac budowy,
- w konsekwencji usunięcie (w zakresie warunku dysponowania potencjałem technicznym) wymagania: dostępności co najmniej 2 sztuk specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach

2. kosztami postępowania obciąża:

- **Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego, Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa,**
- **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego, Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa** i **Torpol S.A.,**

ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań tytułem wpisów od odwołań KIO 908/16 i 909/16, 934/16

- 2.2. zasądza od **Izby Gospodarczej Transportu Lądowego, Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 908/16

Sygn. akt: KIO 909/16

Sygn. akt: KIO 934/16

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. budowlanych na stacji Włoszczowa Północ w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II” - zwanego dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2016 roku, nr ogłoszenia: 2016/S 096-171952.

Odwołujący Izba Gospodarcza Transportu Lądowego (dalej jako Odwołujący lub IGTL) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ lub Specyfikacja) sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej jako Zamawiający lub PKP PLK) w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Włoszczowa Północ w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II””.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 30 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym w sposób, który prowadzić będzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, poprzez zamieszczenie w Specyfikacji przywołanych w treści odwołania postanowień, które zawężają istotnie krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia; pośrednio lub bezpośrednio wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Specyfikacji określonych w Tomie III Specyfikacji - Programie Funkcjonalno - Użytkowym w następujący sposób:

usunięcie w punkcie 4.5.1.2 lit. a) tiret czwarte Tomu III Specyfikacji - PFU oraz w punkcie 2.2. podpunkcie 69 części II Tomu III Specyfikacji - PFU sformułowania „z uwzględnieniem nowelizacji stanowiącej załącznik do Uchwały Zarządu PKP PLK S.A. nr 12312016 z dnia 2016r. ”.

zmianę punktu 5.2.2. akapit drugi Tomu III Specyfikacji - PFU z dotychczasowego brzmienia:

„Dostarczona konstrukcja rozjazdu powinna spełniać wymagania TSI HS Infrastruktura systemu kolei w Unii Europejskiej, potwierdzone stosownymi deklaracjami zgodności WE (potwierdzona kopia, jako załącznik do oferty) w języku polskim.”

poprzez wprowadzenie wymogu posiadania Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli wydanego przez Urząd Transportu Kolejowego.

wykreślenie z punktu 5.2.2. Tomu I Specyfikacji - PFU następującej treści: *„Do oferty należy załączyć pismo, iż producent posiada „uzgodnioną z PKP PLK S.A. dokumentację techniczną i Warunki techniczne Wykonania i odbioru” pozwalające na zabudowę oferowanych rozjazdów na przedmiotowej stacji będącej przedmiotem Umowy”.*

Punktu 5.2.2. Tomu III Specyfikacji - PFU poprzez zmianę treści postanowienia w następujący sposób:

Z obecnej treści w brzmieniu:

„Konstrukcja całego rozjazdu wraz z zabudowanymi urządzeniami napędu, przestawiania i kontroli powinna zapewniać:

do przestawiania zwrotnicy/ruchomego dziobu wymagany układ jednonapędowy (dopuszcza się max. Jeden napęd w obrębie zwrotnicy oraz 1 napęd w obrębie krzyżownicy) dla zapewnienia możliwości ręcznego przestawiania zwrotnicy / ruchomego dziobu przez 1 osobę w czasie do 4 min. w celu zapewnienia dostępności rozjazdu w sytuacjach awaryjnych (brak zasilania, uszkodzenie napędu)”

na treść:

„Konstrukcja całego rozjazdu wraz z zabudowanymi urządzeniami napędu, przestawiania i kontroli powinna zapewniać:

możliwość przestawiania zwrotnicy/ruchomego dziobu w celu zapewnienia dostępności rozjazdu w sytuacjach awaryjnych (brak zasilania, uszkodzenie napędu)”

Punktu 5.2.2. Tomu III Specyfikacji - PFU poprzez zmianę treści postanowienia w następujący sposób:

Z obecnej treści w brzmieniu:

„Wymaga się aby rozjazdy wyposażone były w układ sterowania jednonapędowy ze sprzężeniem specjalnym (sprzężenia hydrauliczne lub mechaniczne specjalnej konstrukcji) modułowy, odporny na zmiany temperatur zewnętrznych, bez konieczności regulacji przy dużych wahaniami temperatury. Sprzężenia mechaniczne zabudowane pomiędzy tokami sprawdzone w eksploatacji.”

na treść:

„Wymaga się aby rozjazdy wyposażane były w układ sterowania jednonapędowy ze sprzężeniem specjalnym (sprzężenia hydrauliczne lub mechaniczne specjalnej konstrukcji)

modułowy, odporny na zmiany temperatur zewnętrznych, bez konieczności regulacji przy dużych wahanach temperatury lub w układzie wielonapędowym.”

Punktu 5.2.2. Tomu III Specyfikacji - PFU poprzez zmianę treści postanowienia w następujący sposób:

Z obecnej treści w brzmieniu:

*„Dane dla potrzeb systemów nastawiania i kontroli muszą obejmować dla każdego napędu:
- zamknięcia nastawcze wyposażone dodatkowo w maty grzewcze.”*

na treść:

*„Dane dla potrzeb systemów nastawiania i kontroli muszą obejmować dla każdego napędu:
- rozjazd w obrębie podrojazdnicy stalowej wyposażony w płyty grzewcze lub maty grzewcze”*

Punktu 6.2. ppkt. 21) Tomu III Specyfikacji - PFU poprzez zmianę treści postanowienia w następujący sposób: Z obecnej treści w brzmieniu:

„Wymiana krzyżownicy w rozjeździe nr 35 typ 60E1 1;18,5 R=1200 HBS/HB HYDROSTAR ZV 4D pochylenie 1;40, prawy podrojazdnice strunobetonowe ze stałym dziobem CentroMn13 na krzyżownicę z ruchomym dziobem krzyżownicy HS wraz z elementami systemu HYDROSTAR IV i HB niezbędnymi do przebudowy i włączenia do systemu sterowania srk. Krzyżownicę należy wyposażać w kompletny system ryglowania, przestawiania i kontroli HYDROSTAR HB. Zwrotnicę należy wyposażać w kompletny system ryglowania, przestawiania i kontroli HYDROSTAR ZV.”

na treść:

„Wymiana krzyżownicy w rozjeździe nr 35 typ 60E1 1;18,5 R=1200 z ruchomym dziobem krzyżownicy HS wraz z elementami systemu sterowania srk.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 30 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący wskazał następujące okoliczności:

1. Zamawiający w punkcie 4.5.1.2. Tomu III SIWZ - PFU określił, iż parametry techniczno-konstrukcyjne nawierzchni muszą być zgodne z wymaganiami zawartymi w Standardach Technicznych szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) /250 km/h (dla taboru z

wychylnym pudłem), z uwzględnieniem nowelizacji stanowiącej załącznik do Uchwały Zarządu PKP PLK S.A. nr 123/2016 z dnia 9 lutego 2016 r. (dalej jako Standardy Techniczne). Zdaniem Odwołującego, dokonany w ten sposób opis istotnie zawęży w sposób nieuzasadniony krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a tym samym narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i przepis art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Standardy Techniczne w wersji określonej przez Zamawiającego zaczną obowiązywać dopiero od 01 stycznia 2017 roku. Zostały one zmienione przywołaną przez Zamawiającego Uchwałą Zarządu nr 123/2016 z dnia 09 lutego 2016 roku - która nie widnieje w Biuletynie PKP PLK S.A. - zawierającym uchwały wdrażane przez PKP PLK S.A. Odwołujący wskazał, że zawarte w PFU postanowienie dotyczące warunków technicznych istotnie ogranicza konkurencję na rynku produkcji i sprzedaży rozjazdów kolejowych dużych prędkości, z tego względu, iż wprowadza wymaganie dotyczące rozwiązań technicznych, stosowanych wyłącznie przez jednego producenta. Wynika to z faktu, iż nowe Standardy Techniczne wyłączają możliwość stosowania układów wielonapędowych na liniach Zamawiającego, wprowadzając wymóg stosowania napędów jednonapędowych, mimo, iż powszechnie stosowanym rozwiązaniem, nie tylko w Polsce, ale na całym świecie, w przypadku kolei dużych prędkości są układy wielonapędowe.

W ocenie Odwołującego, właściwym byłoby określenie, że Parametry techniczno-konstrukcyjne nawierzchni, podtorza i obiektów inżynierskich powinny być zgodne z wymaganiami zawartymi w Standardach Technicznych szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) /250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) w dotychczasowej wersji, tj. z 2009 roku, bez uwzględnienia nowelizacji wprowadzonej przez Zamawiającego Uchwałą Zarządu nr 123/2016 z dnia 09 lutego 2016 roku. Standardy Techniczne w dotychczasowej wersji nie ograniczały konkurencji na rynku i dopuszczały możliwość stosowania układów zarówno wielonapędowych, jak i jednonapędowych w rozjazdach kolejowych. Ponadto układy wielonapędowe są powszechnie stosowanym rozwiązaniem we wszystkich dystryktach kolejowych dużych prędkości na świecie jako rozwiązanie równoważne. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu należy również przyjąć takie rozwiązanie.

Odwołujący zauważył, że poprzez odwołanie się do Standardów Technicznych w wersji, która obowiązywać będzie od 01 stycznia 2017 roku, Zamawiający wyeliminował rozjazdy kolejowe dużych prędkości, posiadające tymczasowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Urząd Transportu Kolejowego. Tym samym Zamawiający określił jako jedyne dopuszczalne rozwiązanie, które nie posiada świadectw dopuszczenia do

eksploatacji typu budowli. W ocenie Odwołującego, określenie opisu zamówienia w taki sposób powoduje, że dopuszczalne jest rozwiązanie stosowane przez jednego tylko wykonawcę, mimo, iż nie posiada ono świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli.

2. Zamawiający w SIWZ, a mianowicie w treści Tomu III PFU określił wymóg dotyczący spełniania przez dostarczoną konstrukcję rozjazdu wymagań TSI HS Infrastruktura systemu kolei w Unii Europejskiej, potwierdzone deklaracjami zgodności WE. Dokonany w ten sposób opis zamówienia zawęża w sposób nieuzasadniony istotnie krąg wykonawców mogących ubiegać się o realizację przedmiotowego zamówienia, tym samym narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający, określając wymagania w taki sposób oraz żądając, by parametry techniczno-konstrukcyjne były zgodne z wymaganiami zawartymi w Standardach Technicznych, które obowiązywały będą od 01 stycznia 2017 roku, w sposób istotny ogranicza konkurencję na rynku do de facto jednego podmiotu. Wynika to z faktu, iż w przy tak określonym wymogu brak jest podstawy prawnej, która pozwalałaby na uzyskanie deklaracji zgodności. Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 roku, dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej, wyłącza rozjazdy dużych prędkości jako składnik interoperacyjności, co w konsekwencji oznacza, że podlegają one procedurze wydania świadectwa przez Urząd Transportu Kolejowego jako dopuszczenie do eksploatacji typu budowli.

Wykonawcy, którzy aktualnie znajdują się na etapie pozyskiwania bezterminowych świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli dla rozjazdu kolejowego dużych prędkości, a którzy już w trakcie realizacji przedmiotu umowy posiadaliby świadectwa bezterminowe dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, zostają pozbawieni możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wprowadzić do Programu Funkcjonalno - Użytkowego takie postanowienia, aby nie ograniczać wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, a tym samym poszanować zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

3. Zamawiający określił w punkcie 5.2.2. Tomu III SIWZ - PFU, że do oferty należy załączyć pismo, z którego będzie wynikało, iż producent posiada „uzgodnioną z PKP PLK S.A. dokumentację techniczną i Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru”, pozwalające na zabudowę oferowanych rozjazdów na przedmiotowej stacji będącej przedmiotem umowy. W

ocenie Odwołującego, takie sformułowanie w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję oraz prowadzi do nierównego traktowania wykonawców.

Decyzja w przedmiocie uzgodnienia dokumentacji technicznej wydawana jest przez jedno z biur PKP PLK S.A. Zgodę na uzgodnienie można uzyskać po złożeniu wniosku przez zainteresowanego wykonawcę. Odwołujący zauważył, że trzeba mieć na uwadze uznaniowość w zakresie wydawanych decyzji dotyczących uzgodnienia dokumentacji. Biorąc pod uwagę fakt, iż uzyskanie uzgodnienia dokumentacji technicznej może nastąpić lub nie, w zależności od subiektywnej decyzji biura PKP PLK S.A., to takie postanowienie zawarte w PFU prowadzi do ograniczenia konkurencji jedynie do wykonawcy, który posiada taką uzgodnioną dokumentację już w momencie wszczęcia Postępowania. Ponadto, tak sformułowane wymagania pozwalają poniekąd Zamawiającemu na dokonanie wyboru wykonawcy już na etapie uzgadniania dokumentacji - skoro jedynie od Zamawiającego zależy, czy uzgodniona zostanie dokumentacja, może on w celu zawężenia konkurencji, uzgodnić ją jedynie z tym wykonawcą, któremu zamierza udzielić zamówienia, zamykając możliwość ubiegania się o dane zamówienie innym wykonawcom.

4. W punkcie 5.2.2. SIWZ - PFU Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez określenie, że do przestawiania zwrotnicy/ruchomego dziobu wymagany jest układ jednonapędowy (dopuszcza się max. jeden napęd w obrębie zwrotnicy oraz jeden napęd w obrębie krzyżownicy) dla zapewnienia możliwości ręcznego przestawiania zwrotnicy/ruchomego dziobu przez 1 osobę w czasie do 4 minut, w celu zapewnienia dostępności rozjazdu w sytuacjach awaryjnych. Zdaniem Odwołującego, taki wymóg narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i w sposób znaczny ogranicza konkurencję z tego względu, że tak określone wytyczne w zakresie osób i czasu jest nakierowane na jednego tylko producenta rozjazdów.

Odwołujący wskazał, że zarówno przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwo, nie pozwalają Zamawiającemu na formułowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy sformułował opis przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do opisywanego przez jednego z producentów sposobu dokonywania czynności, polegających na przestawianiu zwrotnicy lub ruchomego dziobu. Opisanie czynności w tak szczegółowy sposób nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że nie jest możliwa realizacja powyżej opisanej czynności w taki sposób, w jaki określił to Zamawiający. W czasie do 4 minut może być wykonana taka czynności, jeżeli mowa jest o samym czasie działania - przestawienia zwrotnicy/ruchomego dziobu. Czas operacyjny całości dokonania takiej czynności - a więc uzyskanie informacji o awarii, organizacja, dojazd na miejsce awarii i dokonanie przestawienia

zwrotnicy/ruchomego dziobu - to wszystko w sposób oczywisty zajmuje znacznie więcej czasu niż 4 minuty. Wynika to z tego, iż na awaryjne przestawienie zwrotnicy/ruchomego dziobu składają się również czynności zabezpieczające iglice i ruchomy dziób przy użyciu zamków kluczowych po ich przestawieniu, które trwają od kilku do kilkunastu minut (otworzenie zamków, zabezpieczenie iglic i dziobu, zamknięcie zamków). Jest to więc niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na określenia, którymi posługuje się jeden z wykonawców i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do wykonania.

Ponadto Odwołujący ponownie zauważył, że po raz kolejny Zamawiający określił jako jedyne dopuszczalne rozwiązanie układ jednonapędowy, co w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję i eliminuje wykonawców, którzy dysponują rozwiązaniami akceptowanymi na całym świecie jako rozwiązania równoważne dla rozjazdów dużych prędkości, a mianowicie rozjazdami w układzie wielonapędowym. Układ wielonapędowy jest rozwiązaniem równoważnym do układu jednonapędowego. Brak wprowadzenia do PFU możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego, w sposób nieuzasadniony prowadzi do ograniczenia kręgu podmiotów, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia do jednego tylko wykonawcy, co wyłącza konkurencję na rynku i dyskryminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

5. W punkcie 5.2.2. SIWZ - PFU Zamawiający wskazał, iż zamknięcia nastawcze muszą być dodatkowo wyposażone w maty grzewcze. Zdaniem Odwołującego, sformułowanie wymogu w takiej postaci prowadzi w efekcie do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i de facto ukierunkowane jest na rozwiązania stosowane przez jednego tylko wykonawcę, Voestalpine VAE sp. z o.o. W ocenie Odwołującego nie jest uzasadnionym wymaganiem przez Zamawiającego wyposażenia zamknięć nastawczych dodatkowo w maty grzewcze, ponieważ wymóg ten nie jest podstawowym rozwiązaniem wymaganym dotychczas przez Zamawiającego i stanowi wygórowane żądanie PKP PLK S.A. Ponadto zdaniem Odwołującego, nie znajduje on uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w tym zakresie. Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, iż cofa ww. zarzut.

6. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 6.2. PFU ukierunkował się na preferowany przez niego system, który jest własnością jednego wykonawcy funkcjonującego na rynku, Voestalpine VAE sp. z o.o. Wskazał bowiem, że krzyżownicę oraz zwrotnicę należy wyposażyć w kompletny system ryglowania, przestawiania i kontroli HYDROSTAR HB i HYDROSTAR ZV. System HYDROSTAR jest systemem, którego właścicielem jest właśnie Voestalpine VAE sp. z o.o., a który to wykonawca używa tego właśnie systemu.

System ten został nadto uzgodniony z PKP PLK S.A. jako część dokumentacji technicznej uzgodnionej przez Voestalpine VAE sp. z o.o. z Zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że dookreślenie przedmiotu zamówienia, które bezpośrednio wskazuje na jednego wykonawcę - w sposób nieuzasadniony nie pozwala na ubieganie się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom niż ten, który jest właścicielem wyżej opisanego systemu. Prowadzi to do naruszenia w istotny sposób konkurencji na rynku. Zamawiający winien bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto, jak wskazuje art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a z takim przypadkiem mamy do czynienia właśnie w niniejszym Postępowaniu.

Odwołanie o sygnaturze KIO 909/16 zawiera tożsame zarzuty odnoszące się do postępowania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Olszawowice w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II”.

Dodatkowo Odwołujący w tym odwołaniu przytoczył zarzut: „Określony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w punkcie 5.2.2. PFU w taki sposób, że stawia wymóg przedstawienia Deklaracji Zgodności WE ogranicza konkurencję na rynku produkcji i sprzedaży rozjazdów kolejowych dużych prędkości, bowiem prowadzi do uniemożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom krajowym. Wynika to z braku możliwości uzyskania na chwilę obecną przez tych producentów Deklaracji Zgodności WE do którego odnosi się opisana przez Zamawiającego Decyzja Komisji Europejskiej 2008/217/UE z dnia 20 grudnia 2008 roku. Rozporządzenie Komisji nr 1299/2014 z 18 listopada 2014 roku dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności systemu kolei w Unii Europejskiej wyłączyło z grupy składników interoperacyjności rozjazdy kolejowe przeznaczone dla linii dużych prędkości. Powoduje to, że wykonawcy w obecnym stanie prawnym nie są w stanie uzyskać Deklaracji Zgodności WE. W ocenie Odwołującego dostateczną rękojmię należytego wykonania przedmiotu Umowy daje posiadanie przez wykonawcę Świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli wydanych przez Urząd Transportu Kolejowego. W przeciwnym wypadku, jeżeli dopuszczona zostanie praktyka, która powoduje, że wykonawcy nie mogą uzyskać Deklaracji Zgodności WE - a jest to wymagane przez Zamawiającego, dojdzie do monopolizacji rynku przez jednego wykonawcę. To z kolei może spowodować, poprzez brak zapewnienia przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji, do wyboru oferty, która de facto nie będzie najkorzystniejsza, gdyż Zamawiający nie będzie miał wystarczającej ilości ofert, a jedyny

wykonawca, który spełni stawiane przez Zamawiającego wymagania, mając tego świadomość, będzie mógł zaproponować korzystną się siebie cenę, nie obawiając się konkurencyjnych ofert.”

Odwołania nie zawierają braków formalnych uniemożliwiających ich rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania KIO 908/16 i KIO 909/16 nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, nie jest uzasadniony zarzut nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawców do zamówienia.

Odwołujący zarzucił nadmierną restrykcyjność oraz arbitralność w zakresie ustanawiania przez Zamawiającego Standardów Technicznych, które muszą być spełnione przez oferentów w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż ustalił Standardy Techniczne dla nawierzchni kolejowej (zarówno torowej, jak i rozjazdowej) na mocy delegacji zawartej w przepisach stanowiących akty wykonawcze do ustawy Prawo budowlane. W szczególności delegację uprawniającą Zamawiającego do ustalenia tych Standardów zawiera § 19 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, który upoważnia zarządcę infrastruktury do ustalania standardów konstrukcyjnych nawierzchni dla przyjętych klas torów. Zgodnie z tym przepisem: „(...) 2. *Standardy konstrukcyjne nawierzchni kolejowej określają wymagania w zakresie typów szyn, typów i rodzajów podkładów, rodzaju przytwierdzeń, złączek oraz rodzaju podsypki, dopuszczonych do stosowania w torach określonej klasy; dopuszcza się stosowanie w jednej klasie torów kilku równorzędnych standardów nawierzchni, ze względu na rodzaj zastosowanych elementów.* 4. *Dla przyjętych klas torów ustalenie standardów konstrukcyjnych nawierzchni oraz dopuszczalnych odchyłek od wartości nominalnych w konstrukcji nawierzchni i konstrukcji (ustroju) toru kolejowego, przy budowie i utrzymaniu należy do zarządcy infrastruktury).*”

Zamawiający określił swoje wymagania techniczne z wyprzedzeniem i zawarł je w dokumencie „Standardy techniczne - szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub

budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 200$ km/h dla taboru konwencjonalnego/ 250 km/h dla taboru z wychylnym pudłem”. Dokument ten został udostępniony do publicznej wiadomości, umożliwiając się zapoznanie z tym dokumentem potencjalnym wykonawcom.

Istotną okolicznością przy tym jest, że zgodnie z przepisami ustawy o transporcie kolejowym, Zamawiający jest zamawiającym szczególnym, któremu powierzono zarządzanie całą narodową siecią kolejową, a także zarządzanie na niej ruchem kolejowym. Jako zarządca infrastruktury, Zamawiający uprawniony jest do określenia Standardów Technicznych. Wobec powyższego Zamawiający, jako odpowiedzialny za zarządzenia siecią kolejową, uprawniony jest do stawiania wymagań, w szczególności, gdy są uzasadnione jego potrzebami lub związane są z zaspokajaniem potrzeb społeczeństwa.

Zamawiający uprawniony jest do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb. Uprawnienie Zamawiającego nie jest jednak całkowicie dowolne. Wprowadzone przez Zamawiającego wymogi powinny mieć bowiem obiektywne uzasadnienie. W niniejszej sprawie w zakresie wprowadzenia wymogu dostawy układów jednonapędowych, Zamawiający potrzeby te uzasadnił i przedstawił na ich uzasadnione dowody, w szczególności w postaci opracowania Instytutu Kolejnictwa Zarząd Dróg Kolejowych i Przewozów z grudnia 2015 r. pn. „Zasady wyposażania rozjazdów w urządzenia nastawcze i kontroli (napędy i kontrolery) w tym układy wielonapędowe – etap III: przedstawienie do odbioru dokumentu kompletnego będącego przedmiotem zamówienia - po uwzględnieniu uwag zamawiającego.”

Treść opinii Instytutu Kolejnictwa zawiera porównania rozwiązań w zakresie zastosowania układów jednonapędowych i wielonapędowych. W opinii wskazano na rozwiązania, które są preferowane, jako te o najniższym stopniu skomplikowania technicznego oraz niskiej awaryjności.

Zamawiający podnosił, że postawiony przez niego wymóg zastosowania układów jednonapędowych, znajduje uzasadnienie w kwestiach technicznych i ekonomicznych. W układach jednonapędowych stosowany jest jeden napęd w bloku zwrotnicy i jeden napęd w bloku krzyżownicy z ruchomym dziobem, natomiast w układach wielonapędowych – nawet do 5 napędów w obu tych elementach zwrotnicy. Powoduje to, że układy wielonapędowe wymagają zwiększonego zakresu prac utrzymaniowych, co związane jest nie tylko z większą ilością samych napędów, ale także z większą ilością dodatkowego wyposażenia, związanego z każdym napędem. Bazując na swoich dotychczasowych doświadczeniach w zakresie eksploatacji rozjazdów różnych typów, Zamawiający wskazywał, że utrzymanie przez Zamawiającego rozjazdu z wielonapędowym układem sterowania może wymagać nawet dwukrotnie więcej roboczogodzin (w stosunku rocznym) niż rozjazdu z jednonapędowym układem sterowania. W ocenie Zamawiającego, z uwagi na konieczny

większy nakład pracy w toku eksploatacji układów wielonapędowych, dopuszczenie tych układów spowodowałoby konieczność zatrudnienia przez Zamawiającego dodatkowych pracowników do utrzymania.

Zamawiający zwrócił także uwagę na dążenie do ujednoczenia infrastruktury.

Istotną okolicznością, na którą zwracał uwagę Zamawiający, a która uzasadniała wybór układów jednonapędowych w rozjazdach, była kwestia awaryjności napędów zwrotnicowych. Zamawiający, powołując się na swoje dotychczasowe doświadczenia z eksploatacji napędów zwrotnicowych podniósł, że zastosowanie układu wielonapędowego zwiększa ryzyko wystąpienia usterki któregoś z napędów. Zamawiający szacował to ryzyko na ponad 15% w porównaniu z układem jednonapędowym ze sprzężeniem specjalnym. Z kolei z możliwością wystąpienia usterki, związana jest kwesta możliwości przestawienia napędu w sposób ręczny i związanej z tym procedury. Zamawiający szacował czas potrzebny na ręczne przestawienie układu jednonapędowego na maksymalnie 4 minuty i wymóg takiego czasu przestawienia zwrotnicy postawił wykonawcom. Natomiast w przypadku układu wielonapędowego, szacowany czas ręcznego przestawienia takiego układu jest wielokrotnie dłuższy (Odwołujący tej okoliczności nie zaprzeczył), wymaga przejścia przez pracowników około dwukrotnie dłuższego odcinka wzdłuż rozjazdu oraz wykonania około 300 obrotów korbą. Zamawiający zwracał także uwagę na stres pracowników dokonujących ręcznego przestawienia rozjazdu, związany z sytuacją awaryjną, konieczność przestawiania zwrotnic po zmroku i w trudnych warunkach atmosferycznych – także te okoliczności wpływają na wydłużenie czasu ręcznego przestawienia zwrotnic. W ocenie Zamawiającego, mniejszy czas potrzebny na ręczne przestawienie układu napędowego uzasadniał wybór układu jednonapędowego, w szczególności biorąc pod uwagę znaczny ruch pociągów na Centralnej Magistrali Kolejowej, na której zainstalowane mają być rozjazdy. Jak najkrótszy czas ręcznego przestawienia zwrotnic (w przypadku wystąpienia awarii), spowoduje jak najmniejsze zakłócenie ruchu pociągów. W ocenie Izby, powyższe okoliczności potwierdzają obiektywne potrzeby Zamawiającego, którymi kierował się Zamawiający, dokonując wyboru jednego z dwóch rozwiązań.

Powyższe uzasadnienie Zamawiającego potwierdza treść ww. opinii Instytutu Kolejnictwa.

Na stronie 4 tej opinii wskazano, że: „Sposób obsługi ma natomiast istotne znaczenie przy wyborze pomiędzy sterowaniem jednonapędowym ze sprzężeniem a sterowaniem wielonapędowym w rozjeździe, ponieważ czynnik ten wpływa na możliwość stosunkowo sprawnego utrzymania ruchu u kolejowego w przypadku usterek urządzeń. Przy nastawianiu zdalnym, praktycznie niemożliwe jest przestawienie rozjazdu wielonapędowego przez obsługę posterunku ruchu, gdyż taka operacja wymaga dużo czasu, co mogłoby powodować zbyt duże przerwy w ruchu pociągów.”

Na stronie 33 opinii wskazano: „Na przykładzie zarządcy infrastruktury kolejowej w Niemczech można dobrze zilustrować podejście w zakresie wyposażania rozjazdów w urządzenia nastawcze i kontrolne. Aktualnie zarząd infrastruktury kolejowej w tym kraju preferuje sprawdzone rozwiązania o jak najniższym stopniu skomplikowania technicznego przekładającym się na prostotę utrzymania i obsługi, a także niską awaryjność.”

Na stronie 16 opinii wskazano: „Spośród analizowanych krajów najbardziej interesująca i miarodajna jest sieć kolei niemieckich. (...) DB AG dąży do unifikacji stosowanych rozwiązań rozjazdowych, odmiennie od wcześniejszej polityki dywersyfikacji rozwiązań w tym obszarze. Preferowane jest stosowanie pojedynczego napędu zwrotnicowego i sprzężenia mechanicznego, jako stosunkowo taniego i prostego utrzymania a przy tym przyjaznego eksploatacyjnie w porównaniu do zaawansowanych rozwiązań hydraulicznych, które mimo tego że są mało awaryjne to stosunkowo drogie w zakupie i skomplikowane w utrzymaniu a w przypadku wystąpienia usterki rozwiązania wymagają specjalistycznej obsługi.”

Także na stronie 17 opinii wskazano, że: „Zarządcy infrastruktury kolejowej w ostatnich latach kładą duży nacisk na zabudowę na swojej sieci urządzeń sterowania i zabezpieczenia ruchu kolejowego charakteryzujących się niskimi nakładami na eksploatację i utrzymanie.”

W materiale dowodowym przedłożonym przez Odwołującego, opis jednego z rysunków (rys. 3) sporządzony w języku angielskim, Przetłumaczony z języka angielskiego brzmi następująco: *„Gdy tory się rozgałęziają zachodzi potrzeba zastosowania rozjazdu (zwrotnicy). Rozgałęzienia lub łącznice z głównych linii na rozjazdach muszą być pokonywane przy ograniczonej prędkości, zależnej od konstrukcji rozjazdu. Maksymalna prędkość na odgałęzieniu 230km/h jest obecnie możliwa (Vossloh Cogifer SA, 2012), ale zasugerowałbym, aby utrzymanie tak niezbędnych, wysoko-zmechanizowanych zwrotnic i dużej ilości silników napędowych zostało starannie rozważone (rysunek 3)”. Wskazany fragment przedstawia wątpliwości co do możliwości utrzymania rozjazdów z dużą ilością mechanizmów oraz silników napędowych rozjazdów, charakteryzujących układy wielonapędowe. Wad takich nie mają nowoczesne układy jedno-napędowe ze sprzężeniami hydraulicznymi, najlepiej sprawdzającymi się także na linii CMK.*

Z powyższych okoliczności wynika, że postawione przez Zamawiającego wymogi w zakresie zaoferowania układu jednonapędowego, jak i czasu ręcznego przestawienia zwrotnicy, uzasadnione są potrzebami Zamawiającego o charakterze zarówno technicznym, jak i ekonomicznym. W ocenie Izby, brak było zatem podstaw do przyjęcia, że Zamawiający nadmiernie restrykcyjnie oraz arbitralnie ustanowił Standardy Techniczne.

Z uwagi na powyższe, nie można także uznać, aby wymogi Zamawiającego preferowały rozwiązanie oferowane tylko przez jednego wykonawcę lub ograniczały uczciwą

konkurencję. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby stosowanie jednego z dwóch dostępnych rozwiązań miało na celu ograniczenie konkurencji, w sytuacji, gdy jak wskazano powyżej, wybór rozwiązania podyktowany był okolicznościami obiektywnymi, wpływającymi na użytkowanie linii kolejowej.

Zamawiający ma prawo dokonać wyboru pomiędzy rozwiązaniem jedno i wielonapędowym. W sytuacji, gdy uznał, iż istniały obiektywne przesłanki pozwalające na uznanie jednego z tych rozwiązań za lepiej spełniające wymagania Zamawiającego, Zamawiający uprawniony jest wskazać je jako rozwiązanie, które powinno zostać zaoferowane. Nie stanowi to naruszenia przepisów ustawy.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut dotyczący postawienia przez Zamawiającego wymogu przedstawienia przez wykonawców Deklaracji Zgodności WE, wystawionej przez dostawcę rozjazdów.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu, iż po dniu 1 stycznia 2015 r. nie ma możliwości uzyskania deklaracji zgodności WE dla rozjazdów kolejowych. Artykuł 11 Rozporządzenia Komisji Nr 1299/2014/UE z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczącego technicznej specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura” systemu kolei w Unii Europejskiej jednoznacznie stwierdza, że Decyzja 2008/217/WE – pomimo, iż traci moc od dnia 1 stycznia 2015 r. - to jednak jest nadal stosowana dla projektów dotyczących nowych, odnowionych lub zmodernizowanych podsystemów, które w dniu publikacji niniejszego rozporządzenia znajdują się na zaawansowanym etapie realizacji lub są przedmiotem obowiązującej umowy. Projekt modernizacji Centralnej Magistrali Kolejowej znajduje się pod poz. 39 (pod nazwą „Modernizacja ciągu linii kolejowych wchodzących w skład korytarza E65 Południe”) na liście projektów będących na zaawansowanym etapie realizacji, która to lista została przekazana do Komisji Europejskiej.

Nadto istotne jest, że Zamawiający wskazał czterech producentów (Vossloh-Cogifer S.A., Tracktek Koltram sp. z o.o., Voestalpine BWG GmbH oraz KZN Biezanów sp. z o.o.), którzy wprowadzili do obrotu produkowane przez siebie rozjazdy kolejowe w trybie deklaracji zgodności WE. Zamawiający podniósł także, że co najmniej dwie znane Zamawiającemu deklaracje zgodności WE obejmują konstrukcje jednonapędowe dla prędkości 250 km/h.

Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, że procedura wprowadzania rozjazdów kolejowych do obrotu w oparciu o deklarację zgodności WE jest najprostszym sposobem wprowadzania tych konstrukcji do obrotu, co uzasadnia jej zastosowanie w miejsce uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli, wydawanego przez Prezesa UTK. Wynika to z następujących okoliczności:

- 1) żaden z producentów nie posiada obecnie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji

typu budowli,

- 2) uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli wymaga przeprowadzenia wielomiesięcznych badań dopuszczeniowych,
- 3) od dnia 31.12.2014r. nie ma w Polsce jednostki, która byłaby uprawniona do przeprowadzenia takich badań.

W ocenie Izby, wymóg uzyskania deklaracji zgodności WE znajduje uzasadnienie w konieczności uzyskania przez Zamawiającego rozjazdów, spełniających odpowiednie wymogi jakościowe, których spełnienie potwierdzi ta deklaracja.

Izba uznała, że z uwagi na konieczność realizacji zamówienia w odpowiednim terminie, Zamawiający nie może czekać, aż wszyscy wykonawcy przejdą procedurę uzyskania tej deklaracji, zwłaszcza, że (co jest okolicznością bezsporną) istnieją wykonawcy, którzy takimi deklaracjami już dysponują. W interesie wykonawców leży więc uzyskanie takich deklaracji, aby odpowiednio reagować na zmieniającą się sytuację formalnoprawną, związaną z dostawą rozjazdów.

Zmiana, o którą wnosił Odwołujący (żądanie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli zamiast deklaracji zgodności WE) powodowałaby konieczność odłożenia realizacji przedmiotowej inwestycji na dalszy czas, tak, aby umożliwić wykonawcom uzyskanie tych świadectw w niemożliwym do przewidzenia czasie, ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby deklaracje producenta nie były możliwe do wystawienia przez producentów dla przedmiotowej inwestycji. Izba przychyliła się zatem do stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym oczekiwany przez niego tryb dopuszczenia, jako najmniej skomplikowany, pozwala na osiągnięcie celu, tj. realizację zamówienia.

Z powyższych względów Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że postawiony przez Zamawiającego wymóg ogranicza uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył także art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez postawienie wymogu spełniania przez dostarczoną konstrukcję rozjazdu wymagań TSI HS Infrastruktura systemu w Unii Europejskiej potwierdzonego deklaracjami zgodności WE.

Odwołujący wnosił o wykreślenie z punktu 5.2.2. PFU zdania: *„Do oferty należy załączyć pismo, iż producent posiada „uzgodnioną z PKP PLK S.A. dokumentację techniczną i Warunki techniczne Wykonania i odbioru” pozwalające na zabudowę oferowanych rozjazdów na przedmiotowej stacji będącej przedmiotem Umowy”.*

Zdaniem Zamawiającego potrzymanie ww. regulacji PFU wydaje się być zasadne z uwagi na to, iż gwarantuje ona zapewnienie kompatybilności zabudowywanych rozjazdów z

systemami drogi kolejowej stosowanymi na sieci PKP PLK S.A. Wykreślenie wnioskowanej treści mogłoby narazić zarządcę infrastruktury na kłopoty eksploatacyjne, jak również dostarczenie niepożądanych rozwiązań technicznych.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, że postawione w PFU wymaganie stanowi uzasadnioną potrzebę. Zamawiający jest zobowiązany zapewnić realizację zadania dotyczącego linii o strategicznym znaczeniu. Tym samym, nie jest możliwe, aby Zamawiający mógł pozwolić sobie na jakikolwiek eksperyment w zakresie zgodności rozjazdów, które montować ma wykonawca wyłoniony w niniejszym postępowaniu, z dotychczasową infrastrukturą kolejową.

Izba analogicznie oceniła zarzut dotyczący postawienia w pkt. 6.2 PFU wymogu wyposażenia krzyżownicy zwrotnej w system ryglowania, przestawiania i kontroli HYDROSTAR HB i HYDROSTAR ZV. Zamawiający uprawniony był do postawienia wymogów technicznych, zapewniających zgodność oferowanych przez wykonawców rozwiązań z funkcjonującą infrastrukturą kolejową.

Nie można zatem uznać, aby wymagania stawiane w SIWZ miały na celu ograniczenie konkurencji, czy faworyzowanie któregoś z producentów rozjazdów kolejowych. W świetle powyższego podnoszony zarzut należało uznać za bezzasadne.

KIO 934/16

Odwołujący Torpol S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Olszamowice w ramach projektu pn. Modernizacja linii kolejowej nr 4 – Centralna Magistrala Kolejowa etap II”. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 3) w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez skonstruowanie warunku udziału w postępowaniu naruszającego zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez postawienie wymogu dostępności co najmniej *2 sztuk specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach* (punkt III.2.3), ppkt. 1.2.3 lit. b) litera y Ogłoszenia o zamówieniu), które to wagony dostępne są jedynie przez dwa podmioty działające na rynku kolejowym; naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 3) w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, poprzez skonstruowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny (nieadekwatny) do przedmiotu zamówienia, a to poprzez postawienie wymogu dostępności co najmniej *2 sztuk specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach* (punkt III.2.3), ppkt. 1.2.3 lit. b) litera y Ogłoszenia o zamówieniu), kiedy przedmiotowe Zamówienie można wykonać należycie bez konieczności dysponowania tymi wagonami, a tym samym doszło do ograniczenia

konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia; naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez postawienie *wymogu dostarczenia na plac budowy w pełni zmontowanych rozjazdów (w blokach) wraz z podrozdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli (Tom UI SIWZ— PFU, punkt 5.2.2. str. 36)* oraz obowiązku zlecenia dostawy rozjazdów do podwykonawców (a *contrario* § 11 ust. 2 Warunków Umowy), co jest użyciem przez Zamawiającego sformułowań i parametrów, które wskazują konkretną technologię i konkretnego wykonawcę, któremu należy zlecić wykonanie części zamówienia; a finalnie przejawia się w naruszeniu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nałożenie na wykonawców zobowiązania do wykonania zamówienia przy użyciu sprzętu, którego dostępność jest znacząco ograniczona, a tym samym sformułowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, zasadą współżycia społecznego, co stawia wykonawców w nierównej pozycji zobowiązaniowej i rodzi możliwość nienależytego (nieterminowego) wykonania zobowiązania, a kolejno spowoduje obciążenie wykonawcy karami umownymi (§ 27 ust. 1 pkt. 1) i 2) Warunków umowy), odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego (§ 33 ust. 1 pkt. 5) Warunków umowy), a finalnie wykonawca taki może zostać wykluczony z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dostępności co najmniej 2 sztuk specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach z treści Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ; nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany do Programu Funkcjonalno - Użytkowego w zakresie obowiązku dostarczenia na plac budowy w pełni zmontowanych rozjazdów (w blokach) wraz z podrozdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli (TOM III SIWZ punkt 5.2.2. strona 36) poprzez wprowadzenie możliwości zastosowania innych technologii dostarczenia i montażu rozjazdów na plac budowy; nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisu § 11 ust. 2 Warunków Umowy, zgodnie z którą wykonawca nie będzie zobowiązany do zlecenia dostaw rozjazdów podwykonawcy.

Zarząd PKP PLK S.A. (Zamawiający) w dniu 9 lutego 2016 roku podjął Uchwałę nr 124/2016 w sprawie przyjęcia instrukcji pod nazwą „*Warunki techniczne wykonania i odbioru robót nawierzchniowo - podtorowych Id - 114*” (zwane dalej Id - 114). Zgodnie z treścią §5 Uchwały nr 124/2016 obowiązuje ona od 22 lutego 2016 roku.

§ 14 ust. 3 Id - 114, przewiduje technologię wymian i układania torów oraz rozjazdów i skrzyżowań torów. Odwołujący zauważył, że wskazane wymagania w zakresie transportu i układania rozjazdów, zgodnie z Rozdziałem XI znowelizowanej Id -114, stosuje się do zamówień robót budowlanych, jakie będą ogłoszone lub wszczęte w inny sposób, po upływie 3 miesięcy od dnia wejścia w życie nowelizacji Id -114, a więc od dnia 22 maja 2016 roku, zatem niniejsze postępowanie, którego dotyczy Odwołanie, jako wszczęte z dniem 18 maja 2016 roku (a opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2016 roku), nie powinno zawierać odniesienia do wymogów znowelizowanej Id -114.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym: dysponowania co najmniej 2 sztukami specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach. Odwołujący wyjaśnił, że wymóg ten dotyczy konkretnego sposobu transportu i montażu rozjazdów kolejowych. Technologia ta nie była wcześniej praktykowana w Polsce. Polega ona na zastosowaniu specjalistycznych wagonów z dźwigami, którymi transportuje i montuje się rozjazd w całości od producenta na placu budowy. Przygotowanie takich wagonów wymaga opracowania ich konstrukcji, wykonania prób eksploatacyjnych oraz dopuszczenia do eksploatacji przez Urząd Transportu Kolejowego. Cała procedura jest czasochłonna i wymaga dużych nakładów finansowych. Obecnie wagony takie dostępne są jedynie w dwóch polskich firmach: Track Tec S.A. oraz Kolejowych Zakładach Nawierzchniowych Bieżanów sp. z o.o. Uprzywilejowana pozycja Track Tec sp. z o.o. może również wpływać na późniejsze zawyżenie ceny usług na rynku, gdyż usługi świadczone będą jedynie przez dwie wskazane tutaj firmy dla bardzo szerokiego grona wykonawców realizujących inwestycje dla Zamawiającego (a więc dojdzie do przejęcia przez te firmy kontroli nad rynkiem usług transportu i wymiany rozjazdów). Track Tec Construction sp. z o.o. (spółka z grupy kapitałowej Track Tec sp. z o.o.) jest Wykonawcą biorącym aktywny udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, ogłaszanych przez Zamawiającego PKP PLK S.A., czego dowodem jest przedstawiona przez Odwołującego kopia dokumentu o nazwie „Zbiorcze zestawienie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, zatem w przypadku, w którym złoży ofertę w niniejszym postępowaniu, będzie on w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, wymóg dysponowania *co najmniej 2 sztukami specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach* będzie spełniony jedynie przez zawężoną grupę wykonawców, którzy otrzymają zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia od Track Tec S.A. i/lub Kolejowych Zakładach

Nawierzchniowych Biezanów sp. z o.o. Może dojść również do przypadku, w którym firmy te nie udzielą zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia żadnemu innemu wykonawcy, tak aby zamówienie wykonać własnymi siłami jako monopoliści.

Takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu prowadzi do wskazania na konkretnych wykonawców, którzy mają wykonać transport i montaż rozjazdów, z czym nie zgodził się Odwołujący.

W ocenie Odwołującego, do naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy doszło również z uwagi na fakt, że przedmiotowe zamówienie można wykonać należycie bez konieczności posiadania specjalistycznych wagonów, przez co warunek udziału w postępowaniu w takiej treści jest nieproporcjonalny (nieadekwatny) do przedmiotu zamówienia. Jednym z dowodów powyższego twierdzenia jest fakt wykonania przez Odwołującego robót budowlanych na stacji Gdańsk Wrzeszcz. Roboty budowlane w zakresie transportu i montażu rozjazdów Odwołujący wykonał całkowicie bez użycia specjalistycznych wagonów, dokonując ich demontażu, przewiezienia w częściach na plac budowy i ich ponownym zmontowaniu w przewidzianych dokumentacją projektową miejscach. Taką technologią robót Odwołujący stosuje od wielu lat, nigdy nie była ona kwestionowana przez Zamawiającego, natomiast rozjazdy spełniają swoją funkcję.

Odwołujący wskazał, że użycie specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach, może być niewykonalne z uwagi na warunki terenowe, np. pobliskie obiekty inżynieryjne. Użycie specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach może być niemożliwe również z uwagi na przyjęte fazowanie robót, bowiem należy zwrócić uwagę, że ułożenie rozjazdu możliwe jest z toru sąsiedniego, który musi być zamknięty dla ruchu pociągów. Nadto, przyjmując nawet hipotetycznie, że warunek w zakresie dysponowania co najmniej 2 sztukami specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach można uznać za zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i może być zastosowany przez Zamawiającego do prowadzonych przez niego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, to w przypadku niniejszego postępowania, jako wszczętego w dniu 18 maja 2016 roku, na gruncie zapisów Rozdziału XI Id - 114 oraz Uchwały nr 124/2016 Zarządu PKP PLK S.A., jego zastosowanie jest przedwczesne, gdyż zapisy znowelizowanej Id -114 obowiązują od dnia 22 maja 2016 roku, a zatem warunek ten nie jest jeszcze adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie do naruszenia uczciwej konkurencji doszło poprzez zobowiązanie wykonawców do cyt. „dostarczenia na plac budowy w pełni zmontowanych rozjazdów (w blokach) wraz z podrojazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli (Tom III SIWZ - PFU, punkt 5.2.2. str. 36)” oraz zobowiązanie wykonawców do podzlecenia dostawy rozjazdów (a *contrario* § 11 ust. 2 Warunków Umowy). Taki zapis PFU prowadzi bezpośrednio do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji w zakresie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż należyte wykonanie tego zobowiązania przez wykonawcę, rodzi konieczność dysponowania wagonami dostępnymi jedynie u dwóch podmiotów działających na rynku kolejowym, a tym samym doszło do faworyzowania tych podmiotów oraz rozwiązań przez nich oferowanych (Track Tec S.A. oraz Kolejowych Zakładach Nawierzchniowych Bieżanów sp. z o.o.). Zdaniem Odwołującego, zobowiązanie wykonawców do użycia konkretnej technologii transportu i montażu rozjazdów, co więcej wprowadzonej do realizacji niespełna „kilka dni temu” (bo 22 maja 2016 roku), dostępnej jedynie dla dwóch wykonawców, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, naruszenie uczciwej konkurencji doznaje eskalacji poprzez wprowadzenie zapisu § 11 ust. 2 do Warunków Umowy, który stanowi, że Wykonawca „osobiście wykona roboty branży nawierzchniowej z wyjątkiem dostawy rozjazdów”. A *contrario*, Wykonawca ma zlecić dostawę rozjazdów podwykonawcy. Poprzez takie postanowienie umowne, Zamawiający zdaniem Odwołującego nie dosyć, że faworyzuje konkretne firmy i ich technologię wykonania, to dodatkowo zakazuje wykonawcy wykonania dostawy rozjazdów własnym staraniem, przy użyciu sprzętu będącego w jego posiadaniu. Tym samym Zamawiający preferuje dwa podmioty, dając im możliwość wykonania robot budowlanych w zakresie transportu i układania rozjazdów.

Odwołujący nie zgodził się z faworyzowaniem konkretnego rozwiązania wykonania robót budowlanych, wskazując że niniejsze zamówienie realizowane będzie w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, zatem wybór sposobu i technologia wykonania robót budowlanych, będzie dokonywana przez Wykonawcę, tak aby wykonać zamówienie należyście, tj. osiągnąć zakładany przez Zamawiającego rezultat, którym jest doprowadzenie przez Wykonawcę do kompletnego zrealizowania przedmiotu zamówienia i jego wydania Zamawiającemu.

Zdaniem Odwołującego z § 14 ust. 3 Id – 114 wynika jednoznacznie, że przewidziano jedynie fakultatywne wykonanie transportu rozjazdów blokami na plac budowy (a więc możliwość, a nie obowiązek), a co więcej przewidziano możliwość odstępstwa od tego rodzaju transportu i montażu. Niezasadnym, zdaniem Odwołującego wydaje się, wskazywanie konkretnej technologii transportu i montażu rozjazdów, bez przewidzenia możliwości wykonania tych prac w sposób równoważny, a zarazem umożliwiający należyte

wykonanie robót budowlanych przez innych, niż wyżej wskazanych wykonawców. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, stoi również w sprzeczności z terminem obowiązywania znowelizowanych warunków Id - 114, wypadającym na dzień 22 maja 2016 roku w zakresie obowiązku transportu i montażu rozjazdów (w blokach). Skoro niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed 22 maja 2016 roku, instrukcji Id-114 w omawianym zakresie nie stosuje się.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wyjaśnił, że dojdzie do należytego wykonania zamówienia w przypadku, w którym wykonawca zrealizuje roboty budowlane w terminie oraz zgodnie z przygotowaną i zatwierdzoną dokumentacją projektową, konieczności wykonania części robót budowlanych przy użyciu konkretnej technologii, „dostarczenia na plac budowy w pełni zmontowanych rozjazdów (w blokach) wraz z podrozjazdnicami oraz urządzeniami przestawiania, ryglowania i kontroli (Tom III SIWZ - PFU, punkt 5.2.2. str. 36)”;

- *przewidzenia z góry, że wykonawca „osobiście wykona roboty branży nawierzchniowej z wyjątkiem dostawy rozjazdów” (§ 11 ust. 2 Warunków Umowy);*
- „Zamawiający dopuszcza wprowadzenie lub zmianę Podwykonawcy robót, z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy zmianie ulega Podwykonawca, na podstawie którego zasobów Wykonawca wskazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nowy Podwykonawca powinien dysponować co najmniej potencjałem podmiotu zastępowanego, w zakresie, w jakim podlegałby badaniu na etapie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.” (§11 ust. 7 Warunków Umowy);
- wprowadzenie Etapów (kamieni milowych), w szczególności wskazując na terminy graniczne do wykonania robót torowych, srk, sieci trakcyjnej (§ 26 Warunków Umowy);
- wprowadzenie kar umownych za nieterminową realizację zamówienia (w tym niedotrzymanie kamieni milowych § 27 Warunków Umowy);

stanowi sytuację, w której wykonawca jest z góry zmuszony do zlecenia prac w zakresie transportu i montażu rozjazdów (w blokach) do podwykonawcy, a zatem którejś z dwóch firm wskazanych powyżej, praktycznie nie może zmienić podwykonawcy (gdyż jak ma wykazać co najmniej potencjał podmiotu zastępowanego), naraża się na kary umowne w przypadku nieterminowej realizacji zamówienia, do której może dojść z uwagi na brak podmiotów zdolnych do jego wykonania (w zakresie dostaw w pełni zmontowanych na plac budowy rozjazdów), co stoi w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego oraz zasadom współżycia społecznego i stanowi naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie KIO 934/16 zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, Wymagania Zamawiającego w zakresie sposobu realizacji zamówienia powinny znajdować obiektywne uzasadnienie. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, aby postawione przez niego wymogi dotyczące sposobu realizacji zamówienia, były obiektywnie uzasadnione. Nadto, Odwołujący podnosił, że wskazany przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia ogranicza możliwość realizacji zamówienia do konieczności korzystania z dwóch podmiotów (które będą narzucały swoje warunki wykonawcom), zaś zmiana sposobu realizacji zamówienia zgodna z żądaniem Odwołującego, tego ograniczenia by nie zawierała. W ocenie Izby, podnoszone przez Odwołującego okoliczności, związane z koniecznością korzystania przy realizacji zamówienia z zasobów wyłącznie dwóch podmiotów (a więc prowadzące do ograniczenia konkurencji) powodują, że na Zamawiającym tym bardziej ciążył obowiązek wykazania nadrzędnych wartości i powodów, które uzasadniały ograniczenie wykonawcom sposobu realizacji zamówienia do wskazanego w SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi nie podołał.

Zamawiający poza ogólnymi twierdzeniami, w odpowiedzi nie przytoczył szczegółowej argumentacji, która uzasadniałaby twierdzenia Zamawiającego, że tylko realizacja zamówienia we wskazany w treści SIWZ sposób, doprowadzi do rezultatu, jakiego oczekiwał Zamawiający. Zamawiający w szczególności nie przedstawił także żadnego dokumentu, który potwierdzałby twierdzenia Zamawiającego, że tylko sposób realizacji zamówienia wskazany w SIWZ jest niezbędny w celu osiągnięcia oczekiwanych przez Zamawiającego rezultatów. Nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdziłby wskazywane przez Zamawiającego wartości – takie jak czas, jakość, bezpieczeństwo wynikające z przewidzianego przez niego w SIWZ sposobie realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem, jak i uprawnieniem Zamawiającego. Jako uzasadnioną potrzebę, wskazał specyfikę przedmiotu zamówienia oraz konieczność zapewnienia kompatybilności wykonanej infrastruktury z

istniejącą infrastrukturą, ale również infrastrukturą, która będzie powstawała w przyszłości, w ramach dalszej modernizacji stacji. Podkreślał, że stawianie wymagania, by na teren budowy przywożone były rozjazdy w pełni zmontowane, jest podyktowane obiektywną potrzebą Zamawiającego w zakresie zwiększania bezpieczeństwa. Tym samym więc postawienie takiego wymagania nie stanowi naruszenia przepisów prawa.

Nadto, w ocenie Zamawiającego, posiadanie sprzętu w zakresie opisanym w SIWZ zdecydowanie przyspieszy realizację zamówienia, a także pozwoli zminimalizować czas zamknięć torowych, czyli okresu, w którym po torach PKP PLK S.A. nie będzie mógł być prowadzony ruch kolejowy.

Kluczowym aspektem, dla którego Zamawiający domagał się od wykonawców dysponowania wagonami do przewozu w pełni zmontowanych rozjazdów w blokach, jest zwiększenie bezpieczeństwa na strategicznej linii nr 4 - Centralnej Magistrali Kolejowej. Zdaniem Zamawiającego, dokonanie montażu rozjazdów w fabryce, a nie na placu budowy, zapewnia dużo większy poziom precyzji montażu, co ma istotne znaczenie na linii kolejowej dużych prędkości. Zamawiający wskazywał także na konieczność zapewnienia sprawnego realizowania prac, skrócenia czasu zamknięć torowych, zwiększenia poziomu bezpieczeństwa linii kolejowej o szczególnym znaczeniu.

Tym samym Zamawiający wskazał na aspekty takie, jak: czas, bezpieczeństwo i jakość, które uzasadniały postawione przez niego wymogi. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał jednak, że tylko wymagany przez niego sposób realizacji zamówienia pozwoli na zapewnienie tych, uznawanych przez Zamawiającego za istotne, elementów. W ocenie Izby, dla uzasadnienia wprowadzonych przez Zamawiającego wymogów w zakresie sposobu realizacji zamówienia przez wykonawców, nie jest wystarczające posłużenie się wyłącznie ogólnymi pojęciami, takimi jak bezpieczeństwo, czas realizacji, czy też jakość wykonywanych prac. Takie kwestie, jak czas, jakość, czy też bezpieczeństwo, mogą mieć istotne znaczenie w zasadzie w każdym zamówieniu, bez względu na jego przedmiot. Jeśli Zamawiający, ze względu na te kwestie, stawia wykonawcom dodatkowe wymogi, w szczególności nie poprzestając na efekcie, jaki zamierza osiągnąć, ale dodatkowo określając sposób realizacji zamówienia, powinien wprowadzenie tych wymogów uzasadnić. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, że wykonanie zamówienia w inny sposób, niż przewidziany przez niego w SIWZ, stanowić będzie zagrożenie dla interesów Zamawiającego lub zagrożenia dla możliwości uzyskania celu, jaki Zamawiający postawił.

Zamawiający nie wykazał, aby przewiezienie rozjazdów w blokach powodowało oszczędność w zakresie czasu realizacji zamówienia, ani dokładność wykonania elementów.

Jak wskazywał Odwołujący, przy montażu rozjazdów w blokach, występują dodatkowe problemy logistyczne, związane z koniecznością rozładunku i składowania przywiezionych elementów rozjazdów. Konieczność rozładunku i składowania rozjazdu powoduje powstanie niebezpieczeństwa pogorszenia jakości rozjazdu nie tylko z uwagi na konieczność dokonania tych czynności, ale także z uwagi na ograniczoną ilość miejsca do składowania. Istotnym elementem utrudniającym taki montaż jest także krótki czas zamknięcia torów, przewidziany dla przeprowadzenia takiego montażu, rzędu 2-4 godzin. Istotną kwestią, która może utrudniać i komplikować montaż rozjazdów jest także – co podnosił przystępujący Strabag – konieczność skorelowania czasu montażu (i związanego z nim zamknięcia torów) z zamknięciem torów, związanym z innymi postępowaniami prowadzonymi przez Zamawiającego. Tym samym sam fakt transportu rozjazdu w blokach nie zapewnia zachowania fabrycznej jakości tego rozjazdu po jego zamontowaniu. W takim przypadku, o jakości dokonanych robót decyduje montaż rozjazdów – a więc ten sam element, który decyduje o jakości rozjazdów przy innej technologii realizacji zamówienia, której Zamawiający nie dopuścił. Nadto – jak wskazywał Odwołujący – montaż rozjazdów z zastosowaniem starej technologii (innej niż wymagana przez Zamawiającego) nie powoduje konieczności zamykania innych torów, poza torem, na którym prowadzone są roboty. Okoliczność ta powoduje nie tylko mniejsze utrudnienia dla wykonawców, ale także zmniejsza utrudnienia dla Zamawiającego, związane z koniecznością skoordynowania robót z robotami prowadzonymi przez wykonawców wyłonionych w innych postępowaniach. Nadto, w ocenie Izby, postawienie wymogu realizacji zamówienia za pomocą gotowych bloków nie jest konieczne, z uwagi chociażby na możliwość określenia przez Zamawiającego wymaganego standardu, dokładności oraz czasu realizacji robót. W takim przypadku, wykonawcy zobowiązani są do spełnienia tych wymogów, bez względu na zastosowaną przez siebie technologię realizacji zamówienia.

Dodatkowo podkreślić należy, że zastosowanie starej technologii montażu rozjazdów nie uniemożliwia przejazdów przez te rozjazdy przez pojazdy dużych prędkości.

Tym samym Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie konkurencji przez zobowiązanie wykonawców do realizacji zamówienia w określony sposób i konieczność dysponowania wagonami dostępnymi jedynie u dwóch podmiotów działających na rynku kolejowym.

Odnosząc się do Instrukcji pn. „Warunki techniczne wykonania i odbioru robót nawierzchniowo – podtorzowych Id-114” należy wskazać, że nawet w sytuacji, gdy instrukcję tę Zamawiający wprowadził w życie po wszczęciu niniejszego postępowania, to nie zmienia to faktu, że zawarte są w niej wymagania istotne dla Zamawiającego, dotyczące wymiany i układania torów oraz rozjazdów, które Zamawiający zamierza wprowadzić. Z tego punktu

widzenia nie jest istotna czysto formalna kwestia, że Zamawiający określił datę wejścia w życie przedmiotowej instrukcji na jeden lub trzy po wszczęciu postępowania.

Zamawiający wskazywał, że dokonany przez niego opis spełniania warunków udziału w postępowaniu jest skorelowany z przedmiotem zamówienia, jest z nim bezpośrednio związany oraz jest do niego proporcjonalny. Co więcej wymagana technologia nie jest unikatowa, czy też niedostępna dla szerokiego kręgu wykonawców. W świetle powyższych wywodów, konieczna jest zmiana warunku udziału w postępowaniu. Jeśli bowiem opis przedmiotu zamówienia ulega zmianie, to warunek udziału w postępowaniu, aby był proporcjonalny do tego przedmiotu, również powinien podlegać modyfikacji. Z tego też względu Izba nakazała w sentencji niniejszego wyroku usunięcie (w zakresie warunku dysponowania potencjałem technicznym) wymagania: dostępności co najmniej 2 sztuk specjalistycznych wagonów kolejowych do przewozu rozjazdów w pełni zmontowanych w blokach.

W ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zdaniem Odwołującego związany jest z nakazaniem wykonawcy zlecenia podwykonawcy wykonania prac w zakresie transportu i montażu rozjazdów w (blokach). Odwołujący zarzut ten wywodzi z treści § 11 ust. 2 Warunków Umowy, zgodnie z którym wykonawca „osobiście wykona roboty branży nawierzchniowej, z wyjątkiem dostawy rozjazdów”. W ocenie Izby, powołana treść Warunków Umowy nie pozwala na przyjęcie, że Zamawiający postawił wymóg, aby dostawa rozjazdów została wykonana wyłącznie przez podwykonawcę. Z treści § 11 ust. 2 Warunków Umowy wynika, że Zamawiający postawił wymóg osobistego wykonania przez wykonawcę robót branży nawierzchniowej (a więc w tym zakresie wykluczył możliwość realizacji umowy z udziałem podwykonawców), natomiast zwrot „z wyjątkiem dostawy rozjazdów” oznacza, że w tym zakresie Zamawiający zrezygnował z wymogu osobistego wykonania robót przez wykonawcę. Skoro zasadą przy realizacji robót jest osobiste ich wykonanie przez wykonawcę, a dostawa rozjazdów – wyjątkiem od tej zasady, to oznacza to, że dostawa rozjazdów nie musi zostać wykonana osobiście przez wykonawcę, a więc w tym zakresie wykonanie robót może (ale nie musi) być powierzone podwykonawcom.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. Aktualne postanowienie §11 ust. 2 otrzymało brzmienie: „Wykonawca osobiście wykona roboty branży nawierzchniowej”. Obecne brzmienie tego postanowienia w sposób klarowny wskazuje na możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę bez udziału podwykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....