

Sygn. akt: KIO 2137/11

WYROK

z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2011 r. przez wykonawcę **Thales Polska sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **ASTALDI S.p.A. via G.V. Bona 65, 00 156 Roma (Włochy)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2137/11 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Thales Polska sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Thales Polska sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Thales Polska sp. z o.o., ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Warszawie - Praga**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa - Białystok - granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów - Zielonka -Tłuszcz (Sadowne)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2011 r. pod nr 2011/S 183-29252.

W dniu 3 października 2011 r. wykonawca Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp :

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję;
2. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych oraz pochodzenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy Pzp postanowień siwz, w szczególności o:

1. dokonanie modyfikacji siwz:
 - PFU - Część 1, Część Opisowa, pkt. 3.7.4.1.1 (str. 162) przez wykreślenie treści: „Na stacji Warszawa Rembertów przewiduje się uzupełnienie systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizację w niezbędnym zakresie zgodnie ze zmianami w układzie torowym stacji, zabudową 5 rozjazdów na stacji oraz włączeniem ich do systemu sterowania. Niezbędne urządzenia sterujące przewiduje się zabudować w pomieszczeniu istniejącej komputerowni.”;
 - PFU - Część 4, Wykaz Cen, pkt. 6.1.6.2 przez wykreślenie treści „Montaż urządzeń licznika osi aktualizacja oprogramowania na stacji”;
 - PFU - Część 1, Część Opisowa, pkt. 3.7.4.1.2 (str. 162) (gdzie zamawiający wymaga „wykorzystania planowanej w innym zadaniu, pobudowanej w roku 2011, blokady liniowej jednodostępowej”), przez dopuszczenie wymiany komponentów stacyjnych blokady zabudowanej we wskazanym w przywołanym postanowieniu „innym zadaniu”, w przypadku gdy będzie ona oparta na innej architekturze niż już pobudowana, a jej funkcjonalność nie będzie gorsza niż pobudowanej w „innym zadaniu”.

Odwołujący wskazał, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu, a zatem ma interes w złożeniu odwołania, jednak dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp, a złożenie prawidłowej oferty w postępowaniu i zaoferowanie

produkowanych przez odwołującego urządzeń zostało w zasadzie uniemożliwione, gdyż odwołujący nie może ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Tym samym został on narażony na szkodę, wynikającą z uniemożliwienia mu uzyskania zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w siwz „Program Funkcjonalno - Użytkowy- Część 1, Część Opisowa, pkt. 3.7.4.1.1 (str. 162) zamieścił wymaganie dotyczące „uzupełnienia systemów komputerowych urządzeń srk oraz ich modernizacji w niezbędnym zakresie zgodnie ze zmianami w układzie torowym stacji, zabudową 5 rozjazdów na stacji oraz włączeniem ich do systemu sterowania”. Powyższa pozycja została także uwzględniona w Wykazie Cen (Część 4 PFU).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zmian w wewnętrznych urządzeniach sterowania ruchem kolejowym, o których mowa powyżej, może dokonać tylko jeden z producentów urządzeń srk obecnych na polskim rynku i jednocześnie konkurent odwołującego. Wynika to z faktu, iż powyższe zmiany ingerują w logikę wewnętrznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a wiedzę o działaniu powyższych urządzeń, w szczególności w zakresie bezpiecznego oprogramowania, ma tylko producent komputerowego systemu sterowania. W związku z tym, iż zarówno sprzęt, jak i oprogramowanie urządzeń srk musi spełniać surowe przepisy bezpieczeństwa, jakichkolwiek modyfikacji może dokonać tylko producent danych urządzeń. Wiedza taka stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa producenta, zaś oprogramowanie jest chronione prawami autorskimi. Zmian w oprogramowaniu może dokonać tylko wykonawca, który posiada stosowną wiedzę i uprawnienia. Wobec tego odwołujący nie może złożyć oferty na wykonanie tego zakresu prac.

Odwołujący podkreślił, że określone w siwz wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych wykonawców i dyskryminowania innych, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie działanie zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami i interesami zamawiającego.

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o wykreślenie treści: „Na stacji Warszawa Rembertów przewiduje się uzupełnienie systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizację w niezbędnym zakresie zgodnie ze zmianami w układzie torowym stacji, zabudową 5 rozjazdów na stacji oraz włączeniem ich do systemu sterowania. Niezbędne urządzenia sterujące przewiduje się zabudować w pomieszczeniu istniejącej komputerowni” z punktu 3.7.4.1.1 oraz sformułowania „Montaż urządzeń licznika osi aktualizacja oprogramowania na stacji” z punktu 6.1.6.2 Wykazu Cen. W ocenie odwołującego, aby zapewnić uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu, zakres prac, o którym mowa powyżej powinien zostać wyłączony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W punkcie 3.7.4.1.2 (str. 162) Części Opisowej Programu Funkcjonalno -Użytkowego zamawiający zamieścił postanowienie dotyczące „wykorzystania planowanej w innym zadaniu, pobudowanej w roku 2011, blokady liniowej jednodostępowej”. Wymaganie to powoduje, iż rozbudowę blokady może wykonać jedynie producent, który ją zabudował. Przebudowa blokady liniowej jednodostępowej wymaga ingerencji w logikę wewnętrznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a wiedzę o działaniu urządzeń, w szczególności bezpiecznego oprogramowania, ma tylko producent blokady liniowej. W związku z tym, że sprzęt i oprogramowanie musi spełniać surowe przepisy bezpieczeństwa, jakichkolwiek modyfikacji może dokonać tylko producent urządzeń. Ponadto, wiedza ta jest tajemnicą przedsiębiorstwa producenta, zaś oprogramowanie urządzeń srk jest chronione prawami autorskimi. Zmian w aktualnie funkcjonującym oprogramowaniu może zatem dokonać tylko jeden wykonawca, który posiada stosowną wiedzę i uprawnienia. Taki opis przedmiotu zamówienia faworyzuje producenta blokady. Odwołujący, przy obecnym brzmieniu siwz, nie może złożyć oferty na wykonanie tego zakresu prac.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o dopuszczenie rozwiązania, polegającego na wymianie komponentów stacyjnych blokady zabudowanej „w innym zadaniu” w przypadku gdy blokada będzie oparta na innej architekturze niż już pobudowana, przy jednoczesnym zapewnieniu, że jej funkcjonalność nie będzie gorsza niż blokady pobudowanej w „innym zadaniu”. Proponowane rozwiązanie nie spowoduje obniżenia funkcjonalności blokady, ale dopuści zastosowanie rozwiązań oferowanych przez odwołującego, a nie tylko przez producenta blokady. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) oraz wyrok z dnia 5 maja 2008 r. (sygn. akt IIX Ga 44/081), a także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009 r., KIO/UZP 872/09, LEX nr 511921, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1184/08, LEX nr 466700) oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych dostępną na stronie internetowej Urzędu. Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował subiektywne postanowienia, które faworyzują jednego z potencjalnych wykonawców.

W dniu 6 października 2011 r. wykonawca ASTALDI S.p.A. z siedzibą w Rzymie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Podkreślił, że wskazane w odwołaniu uchybienia w opisie przedmiotu zamówienia mogą świadczyć o niezasadnej próbie faworyzowania podmiotu, zajmującego się zmianami w wewnętrznych urządzeniach sterowania ruchem kolejowym. Przystępujący podniósł, że elementy opisu przedmiotu zamówienia odnoszące się do uzupełnienia systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizacji powinny być wyłączone z przedmiotu zamówienia, którym jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją linii kolejowej E75 Rail Baltica. Tym samym pkt 3.7.4.1.1. Cz. 1 PFU, 6.1.6.2 Cz. 4 PFU oraz 3.7.4.1.2. Cz. 1 PFU wymagają koniecznych zmian.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także stanowiska stron, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu lecz dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp w taki sposób, że odwołujący nie może ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Tym samym odwołujący mógłby zostać narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, uwzględniając przy tym oświadczenie złożone przez odwołującego na rozprawie, iż nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego pkt. 3.7.4.1.2 Część 1, Część Opisowa, Program Funkcjonalno Użytkowy (str. 162 siwz), w ramach którego zamawiający wymagał „wykorzystania planowanej w innym zadaniu, pobudowanej w roku 2011, blokady liniowej jednodostępowej”.

Zgodnie z treścią ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotem niniejszego zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne) w zakresie: wykonanie niezbędnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień, decyzji w tym decyzji o pozwoleniu na budowę oraz wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej E75 Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I – odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)”.

Jak określił zamawiający, „Celem projektu „Modernizacja linii kolejowej E75 Warszawa – Białystok – granica z Litwą ,etap I – odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)” jest przyniesienie widocznych korzyści eksploatacyjnych poprzez poprawę jakości połączeń pomiędzy ośrodkami miejskimi w regionie, a także aglomeracjami

krajów bałtyckich czym zaspokoi potrzeby i oczekiwania pasażerów oraz przewoźników towarowych. Realizacja projektu winna przynieść zwiększenie nacisków na oś do 221 kN oraz uzyskanie prędkości $V=160$ km/h dla pociągów pasażerskich i 120 km/h dla pociągów towarowych. Wdrożenie nowoczesnych rozwiązań technicznych w trakcie modernizacji pozwoli zapewnić tzw. interoperacyjność linii, co umożliwi w przyszłości udostępnienie jej także operatorom zagranicznym. Winna również nastąpić poprawa bezpieczeństwa ruchu kolejowego oraz zmniejszenie negatywnego oddziaływania na środowisko. Pozwoli to także na eliminację występujących awarii spowodowanych złym stanem torów oraz na zmniejszenie kosztów eksploatacyjnych wynikających z utrzymania infrastruktury. W istotny sposób poprawiona zostanie przepustowość linii, co wiąże się bezpośrednio ze zwiększeniem zysku z udostępniania tras kolejowych."

Powyższe wskazuje na bardzo złożony i wysoko specjalisty charakter przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do kwestionowanych w odwołaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że w specyfikacji w Części 1 „Część Opisowa” Programu Funkcjonalno Użytkowego, w pkt. 3.7.4.1.1 zamawiający zawarł postanowienie o treści: „Na stacji Warszawa Rembertów przewiduje się uzupełnienie systemów komputerowych urządzeń srk i ich modernizację w niezbędnym zakresie zgodnie ze zmianami w układzie torowym stacji, zabudową 5 rozjazdów na stacji oraz włączeniem ich do systemu sterowania. Niezbędne urządzenia sterujące przewiduje się zabudować w pomieszczeniu istniejącej komputerowni." Powyższa pozycja została uwzględniona w Wykazie Cen (Część 4 PFU) pkt 6.1.8.1 o treści: „Montaż urządzeń licznika osi aktualizacja oprogramowania na stacji”.

Odwołujący wnosił w odwołaniu o wykreślenie ww. postanowienia w pkt 3.7.4.1.1 oraz odpowiednio postanowienia w pkt 6.1.6.2 Wykazu Cen. W ocenie odwołującego, aby zapewnić uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu, zakres prac, o którym mowa powyżej powinien zostać wyłączony z przedmiotowego postępowania.

W dniu 12 października 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zgłoszone przez wykonawców wobec treści powyższych postanowień (odpowiedź na pytanie 8), które zostały zamieszczone w tym dniu na stronie internetowej zamawiającego i stały się integralną częścią siwz. Zgodnie z ww. wyjaśnieniami zamawiający na pytania, o treści jak w petitum odwołania, wskazał, że „uzupełnienie systemów komputerowych urządzeń srk oraz ich modernizacja nie ogranicza się do zmian w wewnętrznych urządzeniach srk. Określone przez zamawiającego w treści SIWZ wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia przewiduje w szczególności zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w sposób określony w pkt 2 Tomu I SIWZ. Wykonawca posiada swobodę wyboru sposobu uzyskania wymaganych parametrów. W tym celu Wykonawca w ramach uzupełnienia systemu oraz jego modernizacji może podjąć wszelkie niezbędne działania, w tym ich wymianę, rozbudowę itp. Zgodnie ze

zmianami w układzie torowym stacji zamawiający przewidział w. SIWZ jedynie, iż nowe „Niezbędne urządzenia sterujące przewiduje się zbudować w pomieszczeniu istniejącej komputerowni”, co nie ogranicza zasad konkurencyjności. Wykonawca powinien uwzględnić całość niezbędnej modernizacji w pozycji „Montaż napędów zwrotnicowych” pkt 6.1.8.1 „Wykazu cen”. Pełna treść ww. postanowienia brzmi: „Montaż napędów zwrotnicowych wraz z koniecznymi zmianami w urządzeniach wewnętrznych”. Pkt 6.1.8.2 po dokonanej zmianie otrzymał brzmienie: „Montaż licznika osi wraz z koniecznymi zmianami w urządzeniach wewnętrznych”.

Rozpoznając zarzuty podniesione wobec treści wymienionych wyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu przed dokonaniem przez zamawiającego zmiany siwz w wyniku wyjaśnień z dnia 12 października 2011 r. Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 Pzp w wyniku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę należy uznać za zasadne.

Postanowienia powyższe, w brzmieniu przed dokonaniem przez zamawiającego wyjaśnień i zmiany treści, wyrażały wymaganie dotyczące uzupełnienia istniejącego na stacji Rembertów systemu sterowania ruchem, co mogłoby wskazywać, że wykonanie oznaczonego w nich zakresu prac jest możliwe wyłącznie w wyniku ingerencji wykonawcy w ten system i zbudowane w ramach ww. systemu urządzenia, które zostały wykonane przez konkretnego producenta. Powyższe wskazywałoby, że żaden wykonawca bez posiadania dostępu do kodów źródłowych nie jest w stanie wykonać tego zakresu przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż tylko wykonawca systemu posiada kody źródłowe, które w praktyce nie są udostępniane innym wykonawcom z uwagi na wartość techniczną i technologiczną chronioną prawami autorskimi i prawami zależnymi, co potwierdziły zgodnie strony postępowania, należy uznać, że powyższe postanowienia ograniczały dostęp do zamówienia innym wykonawcom, preferując ubieganie się o zamówienie wyłącznie jednego wykonawcę – producenta systemu i urządzeń. Podkreślić należy, że omawiana część prac stanowi element całego przedmiotu zamówienia, a zatem uprzywilejowanie jednego wykonawcy w tej części prac przesądzałoby o tym, że ten wykonawca jest preferowany w całym zamówieniu. Izba uznając, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym brzmieniu ogranicza uczciwą konkurencję, nie zgodziła się jednak z zasadnością żądań zawartych w odwołaniu o wyłączenie tego zakresu prac do odrębnego postępowania. Działanie powyższe skutkowałoby wyłącznie tym, że nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia zostałby wyłączony z tego postępowania lecz ten sam problem pozostałby w innym postępowaniu. Rozwiązaniem wobec tego kwestii nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia nie jest, zdaniem Izby, usunięcie kwestionowanych postanowień z przedmiotowego postępowania lecz doprowadzenie opisu przedmiotu do zgodności z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę dyspozycję przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, który zobowiązuje Izbę do analizy i oceny wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania, Izba zważyła, że po wniesieniu odwołania zamawiający, z zachowaniem terminów przewidzianych w ustawie Pzp, dokonał wyjaśnień i zmian w treści kwestionowanych postanowień. W momencie rozpoznawania zarzutów treść kwestionowanych w odwołaniu postanowień otrzymała zmienione znaczenie i treść. W wyniku pytań wykonawców wobec treści ww. postanowień zamawiający wyjaśnił w sposób niebudzący wątpliwości interpretacyjnych, że wykonawcy w ramach uzupełnienia systemu oraz jego modernizacji mogą podjąć wszelkie niezbędne działania, w tym ich wymianę, rozbudowę itp., które będą wykonane stosownie do projektu zaproponowanego przez wykonawcę. Zamawiający, określając w Programie Funkcjonalno Użytkowym wymagane parametry do osiągnięcia, nie ograniczył swobody wykonawców w zakresie przyjęcia (zaprojektowania i wykonania) rozwiązań, które doprowadzą do osiągnięcia wymaganych funkcjonalności oraz w efekcie do osiągnięcia celów projektu w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem.

Powyższe wskazuje, że zamawiający dopuszczając swobodę wykonawców w zaprojektowaniu i wykonaniu całego przedmiotu zamówienia, w granicach oczywiście wyznaczonych przez konieczność osiągnięcia określonych parametrów i funkcjonalności, umożliwił ubieganie się i udział w realizacji zamówienia nieograniczonej obiektywnie liczbie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Izba nie zgodziła się z poglądem odwołującego, iż osiągnięcie celów projektu jest możliwe w takim samym stopniu również wówczas, gdy przedmiot zamówienia zostanie rozdzielony i zrealizowany w ramach dwóch odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (odwołujący wskazywał dodatkowo, że zakres prac dotyczący stacji Rembertów mógłby zostać zrealizowany w ramach postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki). W ocenie Izby, realizacja I Etapu linii E75 w ramach dwóch odrębnych postępowań prowadziłaby faktycznie do wykonania tych prac na podstawie odrębnych projektów - odrębnych rozwiązań technicznych i technologicznych, co mogłoby skomplikować osiągnięcie celu projektu już na pierwszym etapie prac, który jak wskazywał zamawiający jest najistotniejszy z punktu widzenia zapewnienia wymaganych prędkości na całej modernizowanej linii kolejowej.

W ocenie Izby, nie sposób pominąć argumentacji zamawiającego, iż obiektywnie nie ma żadnej pewności, że wykonawca funkcjonującego systemu na stacji Rembertów złoży ofertę lub oferta taka będzie spełniała warunki uzasadniające jej przyjęcie przez zamawiającego. Istnieje wobec tego oczywiste ryzyko, że w omawianym zakresie przedmiot zamówienia mógłby nie zostać zrealizowany. Ponadto, wydzielenie ww. zakresu prac do odrębnego postępowania mogłoby narazić zamawiającego na poniesienie nieuzasadnionych kosztów, wynikających wprost z niekonkurencyjnej i uprzywilejowanej pozycji tego wykonawcy. Z tego punktu widzenia całkowicie uzasadnione jest dopuszczenie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia

z zastosowaniem nowych rozwiązań, które w równym lub nawet lepszym stopniu umożliwią osiągnięcie założonych parametrów.

Należy zauważyć, że zastosowanie nowych technologicznie rozwiązań nie musi się wiązać ze zwiększeniem kosztów całego przedsięwzięcia. Izba zważyła, że odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, w szczególności nie wskazał jakichkolwiek, choćby jedynie pogładowych kalkulacji. Biorąc pod uwagę fakt, że istniejący system sterowania ruchem kolejowym został wykonany ok. 10 lat temu, a wszechobecny postęp technologiczny z pewnością w takim samym stopniu dotyczy również branży kolejowej, nie można wprost przyjąć, że osiągnięcie wymaganych przez zamawiającego w ramach projektu parametrów dla linii E75 będzie mniej kosztowne w wyniku rozszerzenia dotychczasowego systemu i dostosowania go aktualnych nowych wymagań, niż w wyniku zaprojektowania i wykonania całego przedsięwzięcia (z możliwym wykorzystaniem istniejących urządzeń) w innej technologii i według odmiennych rozwiązań technicznych.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle orzecznictwa, do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 5 maja 2008 r. stwierdził, że: „Treść art.29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc bowiem pod uwagę treść art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji” IIX Ga 441081.

W niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował obiektywne postanowienia, które umożliwiają złożenie oferty przez nieograniczoną liczbę wykonawców. Fakt, iż jeden ze sposobów wykonania przedmiotu zamówienia jest dostępny tylko jednemu z wykonawców nie wyklucza z udziału w postępowaniu innych wykonawców. Nie ma także dowodów na to, że ten właśnie sposób wykonania (z użyciem kodów źródłowych do istniejącego systemu sterowania ruchem kolejowym na stacji Rembertów) jest korzystniejszy finansowo lub czasowo w porównaniu do innych możliwych do zrealizowania rozwiązań. Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń w powyższym zakresie. Nawet jednak uznając, że wykonawca istniejącego systemu sterowania ruchem kolejowym znajduje się w jakimś stopniu w pozycji lepszej od innych wykonawców, gdyż może skorzystać przy wykonywaniu zadania w większym stopniu od innych

wykonawców z istniejącego systemu i urządzeń srk, należy stwierdzić, że są to okoliczności obiektywne, całkowicie niezależne od zamawiającego, których nie sposób całkowicie wyeliminować. Istotne znaczenie ma jednak zapewnienie w tych warunkach maksymalnej konkurencyjności postępowania, co zdaniem Izby, zamawiający uczynił w tym postępowaniu w wyniku wyjaśnień z dnia 12 października 2011 r. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02) odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia: „Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”.

Na marginesie tylko Izba wskazuje, że po stronie zamawiającego leży zapewnienie porównywalności ofert w przedmiotowym postępowaniu, co jest bardzo istotne z punktu widzenia możliwości zaoferowania przez wykonawców różnych rozwiązań. Kwestia ta nie podlegała rozpoznaniu w ramach tego postępowania, gdyż w odwołaniu zarzut taki nie został zawarty.

Reasumując, w ocenie Izby należało uznać, że postanowienia siwz, w brzmieniu z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego z dnia 12 października 2011 r. nie wskazują ani bezpośrednio ani pośrednio jednego konkretnego wykonawcy, który jest preferowany w przedmiotowym postępowaniu oraz nie eliminują z udziału w postępowaniu innych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty, w zakresie naruszającym przepisy ustawy Pzp. Z pewnością z uwagi na szeroki, różnorodny i skomplikowany zakres prac objętych przedmiotem zamówienia nie każdy wykonawca z tej branży będzie w stanie samodzielnie ubiegać się o zamówienie i wykonać to zamówienie w całości. Możliwe jest jednak ubieganie się o zamówienie w ramach tworzonych przez wykonawców konsorcjów lub też z udziałem podwykonawców, co z punktu widzenia stopnia złożoności prac objętych przedmiotem zamówienia jest w pełni uzasadnione.

W ocenie Izby, istniejący stan techniczny infrastruktury objętej modernizacją oraz osiągnięcie celu postępowania, jakim jest prawidłowe wykonanie pierwszego etapu tak ogromnej inwestycji determinuje opis przedmiotu zamówienia. Zatem, to obiektywne okoliczności, na które zamawiający nie ma wpływu, uzasadniają działanie zamawiającego polegające na objęciu przedmiotem zamówienia w jednym postępowaniu takiego zakresu prac, który umożliwi zarówno z punktu widzenia jakości wykonania jak i z punktu widzenia ekonomicznego, wykonanie I etapu linii w całości jednolitego technicznie i technologicznie, co zapewni wymagane wysokie bezpieczeństwo i niezawodne działanie w dalszej kolejności całego systemu na linii E75.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny w sprawie, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust.2 i 3 Pzp w odniesieniu do pierwotnej zaskarżonej w odwołaniu treści siwz, nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, ponieważ zamawiający w terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp udzielił wyjaśnień treści

siwz i dokonał zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień, doprowadzając opis przedmiotu zamówienia do zgodności z tymi przepisami.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: