

WYROK

z dnia 26 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2017 r. przez wykonawcę: **B. T. (Z.) P. sp. z o.o., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)**

przy udziale wykonawcy: **T. P. sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: B. T. (Z.) P. sp. z o.o., (...), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: B. T. (Z.) P. sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: B. T. (Z.) P. sp. z o.o., (...) na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...) 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 2017 r. poz. 1579) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 na odcinku W.(2) - P. w ramach projektu Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T”, numer referencyjny: 9090/1RZR1/19709/07024/17/P

– na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2017 r. pod numerem 2017/S 185-379687.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego <http://plk-sa.pl> od dnia 27 września 2017 r.

Odwołujący – B. T. (Z.) P. sp. z o.o. z siedzibą w K. – wniósł na podstawie art 179 ust. 1 i 180 ust. 1 Pzp odwołanie wobec, w jego ocenie, niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na sporządzeniu treści SIWZ w zakresie ustalenia i opisanie kryterium oceny ofert oraz w zakresie opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzących do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz na rozprawie, odwołujący cofnął wskazane niżej: zarzuty, wnioski (żądania) i uzasadnienie zarzutów oraz dokonał zmiany wniosków (żądań).

Cofnięte:

6. Zarzuty:

- ustalenie i opisanie kryterium oceny ofert – pkt 6.1.1;
- zaniechanie podzielenia zamówienia na części – pkt 6.1.3; 6.1.4.

7. Wnioski (żądania):

- zmiana kryterium oceny ofert – pkt 7.1.1.

9. Uzasadnienie zarzutów: pkt 9.1-9.9.

Zmienione wnioski (żądania): opisane w pkt 7.1.2 – tj. 7.1.2.1; 7.1.2.2. Odwołujący zmienił na rozprawie wnioski (żądania) zamieszczone w pkt 7.1.2 – tj. 7.1.2.1; 7.1.2.2

następująco: z dotychczasowego brzmienia „wydzielenie prac (...) do odrębnego zamówienia; albo wydzielenie prac (...) jako przedmiot zamówienia, o którym mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp” – na żądanie: „wykreślenia postanowień dotyczących wydzielenia prac (...), tj. wykreślenie z PFU: pkt 4.2 ppkt 11, pkt 5.3.1 ppkt 1 lit. d), pkt 5.3.4. ppkt 1 lit. a) tiret trzecie”.

Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzuty, wnioski (żądania), uzasadnienie zarzutów:

6. Zarzuty

6.1. W zakresie nieprawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia:

6.1.2. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 4.2 ppkt 11, w pkt 5.3.1 oraz w pkt 5.3.4 ppkt 1 lit. a) tomu III SIWZ - „Program Funkcjonalno-Użytkowy” (dalej, jako PFU) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań, i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, polegający na wskazaniu, że wykonawca:

(i) w ramach zamówienia odpowiedzialny jest za powiązanie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2)-T. (LCS P. I);

(ii) jest zobowiązany do współpracy z wykonawcą zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20, w zakresie warstwy podstawowej na etapie projektowania i wykonawczym w zakresie: ustalenia i harmonogramu robót związanych z realizowanym zadaniem, fazowania robót, powiązania z systemem ERTMS/ETCS przewidzianym do zabudowy na linii E20;

(iii) zobowiązany jest do współpracy z projektantami i wykonawcami realizującymi inne zadania inwestycyjne (w innych branżach) na odcinku linii objętej kontraktem, w tym zadanie Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20/C-E 20 na odcinku K.(2)-W.-T., w zakresie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II

– podczas, gdy na chwilę złożenia odwołania, przetarg dotyczący zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 K.(2) - T. nie został rozstrzygnięty i nie jest znany wykonawca tego zadania, a w konsekwencji przy sporządzaniu oferty w postępowaniu wykonawca nie będzie posiadać kompletu informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, w tym skalkulowania ceny oferty; tym samym doszło do niezapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a konsekwencji naruszenia także zasady proporcjonalności i przejrzystości.

7. Wnioski (żądania):

7.1. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu – (po zmianie żądania):

7.1.2. wykreślenia w PFU pkt 4.2 ppkt 11, pkt 5.3.1 ppkt 1 lit. d), pkt 5.3.4 ppkt 1 lit. a) tiret trzecie.

7.2. Wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów przedłożonego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

7.3. Nadto, odwołujący wniósł o:

7.3.1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie powołania;

7.3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1962/17, KIO 1930/17, dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 K.(2) - T. (z wyłączeniem węzła W.)”, nr postępowania: 6060/ICZ 5/25920/10640/16/P (dalej jako Zadanie E20), na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

10. Uzasadnienie zarzutów w zakresie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia:

10.1. Zgodnie z przywołanym wyżej art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia godzi natomiast we wskazane zasady, jak również pozostałe cytowane wyżej przepisy.

10.2. Zamawiający w pkt 4.2 ppkt 11, pkt 5.3.1 oraz pkt 5.3.4 ppkt 1 lit. a) tomu III SIWZ-PFU przewidział, że wykonawca zamówienia odpowiedzialny będzie za powiązanie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach zamówienia objętego postępowaniem z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy w LCS P. I w ramach Zadania E20, jak również współpracę z wykonawcą zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w Zadaniu E20, w zakresie dotyczącym m.in. powiązania z systemem ERTMS/ETCS przewidzianym do zabudowy na linii E20 i prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II.

10.3. Wskazany opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W celu jej sporządzenia wykonawca zobowiązany jest m.in. wycenić prace opisane powyżej, dotyczące powiązania

ze sobą urządzeń zabudowywanych w ramach zadania z urządzeniami zabudowywanymi w ramach Zadania E20. Tymczasem na chwilę obecną nie zostało zakończyło postępowanie przetargowe Zadania E20, zaś przed Izbą toczy się aktualnie postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie (sygn. akt KIO 1962/17, KIO 1930/17). Nie jest wiadomym, jaki wykonawca i w jaki sposób dokonywać będzie zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS w Zadaniu E20. Tym samym nie jest również możliwa pełna wycena prac objętych przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą
– uznając, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec cofnięcia przez odwołującego części zarzutów, żądań i odpowiednich części uzasadnienia odwołania, zamawiający podtrzymał odpowiedź na odwołanie w zakresie pkt 2 – Żądane zmiany w PFU (str. 5-9 pisma), o następującej treści: (...)

2) Żądanie zmiany PFU

Uzasadnienie

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do żądań odwołującego, zamawiający wskazał:

Odwołujący wniósł o zmianę pkt 4.2 ppkt 11, pkt 5.3.1, pkt 5.3.4 ppkt 1 lit. a) PFU oraz pozostałych adekwatnych zapisów SIWZ w sposób eliminujący jego zdaniem nieprawidłowości dotyczące tego, że wykonawca:

- (i) w ramach zamówienia odpowiedzialny będzie za powiązanie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2) - T. (LCS P.),
- (ii) będzie zobowiązany do współpracy z wykonawcą zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20, w zakresie warstwy podstawowej na etapie projektowania i wykonawczym w zakresie: ustalenia i harmonogramu robót związanych z realizowanym zadaniem, fazowania robót, powiązania z systemem ERTMS/ETCS przewidzianym do zabudowy na linii E20,
- (iii) będzie zobowiązany do współpracy z projektantami i wykonawcami realizującymi inne zadania inwestycyjne (w innych branżach) na odcinku linii objętej kontraktem, w tym zadanie Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20/C-E 20 na odcinku K.(2) –

W. - T., w zakresie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II

– wynikające zdaniem odwołującego z tego, że na chwilę złożenia odwołania przetarg dotyczący zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 K.(2)- T. nie został rozstrzygnięty i nie jest znany wykonawca tego zadania, a w konsekwencji przy sporządzaniu oferty w postępowaniu wykonawca nie będzie posiadać kompletu informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, w tym skalkulowania ceny oferty, w szczególności przez:

- wydzielenie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II i powiązaniem systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2)-T. (LCS P. I) do odrębnego zamówienia; albo
- wydzielenie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II i powiązaniem systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2)-T. (LCS P. I) jako przedmiot zamówienia, o którym mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp.

Według nowego art. 36aa Pzp zgodnie z implementowanymi przepisami dyrektywy klasycznej, zamawiający ma możliwość, a nie obowiązek podziału zamówienia na części. W sytuacji jednak udzielenia zamówienia w całości, zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, zamawiający w sporządzonym protokole przedstawia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Stanowczego zaakcentowania wymaga, że podział zamówienia na części zależy od decyzji zamawiającego.

Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, który to przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, w przypadku braku podziału zamówienia na części, zamawiający w sporządzonym protokole wskazuje powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Odwołując się do motywów zawartych w preambule do dyrektywy klasycznej, jako przykładowe przyczyny rezygnacji z podziału zamówienia na części, zamawiający wskazał:

- nadmierne trudności techniczne lub nadmierne koszty wykonania zamówienia,
- znaczące ryzyko zagrożenia wykonania zamówienia wynikające z potrzeby skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia.

Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału lub dokonał podziału zamówienia nie na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy, z uwzględnieniem

szczególnych, uzasadnionych złożonością projektu okoliczności danego przypadku (tak: E. Snakowska-Estorninho, Podział zamówienia publicznego na części, LEX 2017).

Odwołujący żąda wyłączenia lub wyodrębnienia jako oddzielnej części zamówienia aktualizacji danych RBC LCS P. I i LCS P. II i powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2)-T.. Odnosząc się do treści żądania, zamawiający podkreślił, że podział zadania na części spowodowałby nadmierne koszty realizacji zadania oraz ryzyko zagrożenia wykonania zamówienia wynikające z potrzeby skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia.

Celem zrozumienia istoty braku zasadności uwzględnienia ww. wymagania zamawiający wskazał, że jednym z czynników powodujących wdrażanie przez Spółkę PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. systemu ERTMS/ETCS jest zapewnienie bezpiecznego i nieprzerwanego ruchu pociągów w obrębie Unii Europejskiej (tzw. interoperacyjność) w zakresie podsystemu „sterowanie” wymaganego Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie. Aby to osiągnąć niezbędne jest łączenie systemów ERTMS/ETCS zabudowywanych w ramach różnych projektów celem zapewnienia ciągłości systemu a tym samym wyżej wspomnianej interoperacyjności.

System ERTMS/ETCS jest system zestandaryzowanym na poziomie europejskim w tzw. Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności. Zawiera ona szczegółowe specyfikacje techniczne jego elementów tzw. składników interoperacyjności, interfejsów (w tym powiązania pomiędzy dwoma RBC) oraz procedur związanych przełączeniem pojazdu spod nadzoru jednego RBC pod nadzór drugiego RBC tzw. *handover*.

Niezależnie, zatem od typu urządzeń, jaki dostarczy wykonawca zadania pn. „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 K.(2) - T.” (w którym wymagania w zakresie urządzeń ERTMS/ETCS są tożsame), urządzenia te nie mogą odbiegać od przyjętego wyżej opisanego standardu. W związku z powyższym zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego i podtrzymał postanowienia SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, że odwołujący sformułował analogiczny zarzut oraz żądanie na kanwie postępowania pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie urządzeń ERTMS/ETCS Poziom 1 dla linii kolejowej nr 226 P.(2) – G. w ramach Projektu POLiŚ NR 5.1-8 p.n. „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu G. (most + dwutorowa linia kolejowa)” Faza II realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020.”* Sprawa odwoławcza toczyła się pod sygn. akt KIO 1651/17 i zakończyła się oddaleniem odwołania.

Ponadto, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców zamawiający stwierdził, że obecna sytuacja dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców w sposób jednakowy, a zatem wszystkie podmioty działające na rynku mają takie same szanse na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W piśmie z dnia 26 października 2017 r., złożonym przed ogłoszeniem wyroku, stanowiącym dowodowo wyłącznie podsumowanie stanowiska w zakresie przedstawionym na rozprawie – zamawiający wskazał m.in.:

- zmiana żądań odwołującego jest prowizoryczna,
- wykreślenie wskazanych opisów w PFU spowoduje, że zamawiający będzie zobowiązany prowadzić postępowanie, którego przedmiot nie będzie dla niego użyteczny,
- na podstawie dyrektyw unijnych oraz wewnętrznych wytycznych, zamawiający jest zobowiązany do zakupu systemów ERTMS/ETCS, które są kompatybilne z posiadanymi urządzeniami w dniu wszczęcia postępowania oraz urządzeniami, które zamawiający zamierza zamówić (zlecić do wykonania) w przyszłości,
- w związku z wymaganiami unijnymi, tj. Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności, wszystkie urządzenia i wszystkie systemy posiadane przez zamawiającego muszą działać na kanwie tych samych zasad i na podstawie tych samych schematów, w związku z tym zarzut rzekomej niemożliwości przewidzenia czy oszacowania na etapie składania oferty zakresu niezbędnych prac i ich kosztów jest nieuzasadniony,
- powoływanie się przez odwołującego, że nie jest on w stanie wykonać wyceny oferty z uwagi na brak możliwości wyceny kosztów integracji urządzeń i systemów, jest zdaniem nieprawdziwym i formułowanym jedynie na potrzeby postępowania przed KIO.

Reasumując, stwierdził:

- odwołujący próbuje wymusić na zamawiającym podjęcie czynności związanych z wydzieleniem z przedmiotu zamówienia prac przez zlecenie ich wykonania innemu wykonawcy w trybie konkurencyjnym lub wykonawcy wybranemu w przedmiotowym postępowaniu, zamówienia w trybie z wolnej ręki,
- działanie takie wydaje się nieracjonalne zarówno z punktu widzenia technicznego jak i z dyscypliny finansów publicznych - w takiej sytuacji na budowie pojawiają się nie dwa, ale trzy podmioty zobowiązane do współdziałania i prowadzenia prac zmierzających do kompatybilności urządzeń, a zamawiający w związku z tym poniesienie potrójne koszty związane z realizacją tego samego fragmentu prac,
- zlecenie prac wykonawcy wybranemu w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazuje na działanie sprzeczne z ustawą Pzp, która dopuszcza zastosowanie takiego trybu jedynie

w ściśle określonych sytuacjach, do których nie należy okoliczność jaką wskazuje odwołujący,

- odwołujący formułując ww. żądanie niejako przyznał, że jest w stanie zrealizować zamówienie i wykonać prace związane z integracją urządzeń, jednakże jedynie na podstawie zamówienia udzielonego z wolnej ręki, w sytuacji, gdy dopuszczenie takiej możliwości stanowi ryzyko dyktatu ceny wyłonionego wykonawcy za wykonanie ww. prac,
- w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie, jako jedyny argument na poparcie zasadności formułowanych zarzutów, odwołujący wskazywał rzekomą niemożliwość skalkulowania ceny oferty w sposób precyzyjny, co zdaniem zamawiającego nie może stanowić podstawy do orzeczenia, że postanowienia SIWZ naruszają przepisy Pzp,
- odwołujący w żadnym momencie nie wskazał, że realizacja zamówienia nie jest niemożliwa; przeciwnie, jest w stanie wykonać zamówienie, nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z integracją urządzeń na LCS-ach; okoliczności te mieszczą się w ryzyku biznesowym każdego wykonawcy; wykonanie prac integracyjnych stanowi niewielką część całego zamówienia, a koszty z tym związane będą stanowić niewielki procent wartości ceny oferty, który nie będzie miał determinującego wpływu na pozycję oferty odwołującego w rankingu cenowym ofert.

Zamawiający poddał w wątpliwość interes odwołującego do złożenia odwołania – w pkt 5 odwołania odwołujący wskazał, że „nie ma możliwości złożenia oferty”, zaś w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie, prezentował inny pogląd – może złożyć ofertę, jednakże obawia się, że przeszacuje koszty integracji, co będzie powodowało, że jego oferta nie będzie zawierała najniższej ceny; praktyka taka, w ocenie zamawiającego, prowadzi jedynie do wymuszenia zmiany PFU zgodnej z indywidualnymi potrzebami odwołującego.

Ponadto, wskazał na kwestię niedopuszczalności uzupełniania podstaw faktycznych zarzutu dopiero podczas rozprawy, przywołując wyrok z dnia 03.03.2017 r., sygn. akt KIO 179/17.

Podkreślił, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że SIWZ w jakikolwiek sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców. Treść SIWZ nie preferuje żadnego z wykonawców działających na rynku, a wszelkie „niedogodności” związane z realizacją zamówienia dotyczą w tym samym zakresie i w ten sposób każdego z wykonawców, zatem nie sposób uznać, że doszło do naruszenia art. 29 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłankę materialno-prawną, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego i mogący ponieść szkodę, w razie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: T. P. sp. z o.o. z siedzibą w W., w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w podtrzymanym zakresie, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W części II PFU – „Opis Wymagań Zamawiającego” dotyczącej przedmiotu zamówienia pt. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 na odcinku W.(2)-P.”, w ppkt 4.2 „Zakres robót”, zamawiający wyszczególnił w ppkt 1-13 szczegółowy zakres robót. W ppkt 11 wskazał: „W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na odcinku linii E20 K.(2) – T. (LCS P. I)”.

W pkt 5. „Opis wymagań Zamawiającego w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia”, w ppkt 5.3. „Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy”, w ppkt 5.3.1. „Wymagania dotyczące realizacji kontraktu”, w ppkt 1 zamawiający wskazał: „Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z projektantami i wykonawcami realizującymi inne zadania inwestycyjne (w innych branżach) na odcinku linii objętej kontraktem. (...). W dniu ogłoszenia przetargu tymi projektami są: (...)” - wyszczególnił przetargi oznaczając je literami od a) do e), w tym pod lit. d) wskazał: „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E20/C-E 20 na odcinku K.(2) – W. – T. (w zakresie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II)”.

W ppkt 5.3.4. „Współpraca z innymi wykonawcami”, w ppkt 1 „Zakres współpracy”, zamawiający wskazał: „a) Wykonawca przedmiotowego kontraktu jest zobowiązany do współpracy z (...) oraz wykonawcą zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20, w zakresie warstwy podstawowej na etapie projektowania i wykonawczym w zakresie: (...)

- powiązania z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 przewidzianym do zabudowy na linii E20”.

Z cytowanych opisów PFU oraz pism i wyjaśnień stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie wynika, że zamawiający prowadzi równocześnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące linii E20 i E59 w zakresie zaprojektowania i wykonania zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2, jako systemu zestandaryzowanego na poziomie europejskim w tzw. Technicznej Specyfikacji

Interoperacyjności, zawierającego szczegółowe specyfikacje techniczne jego elementów tzw. składników interoperacyjności, interfejsów (w tym powiązania pomiędzy dwoma RBC) oraz procedur związanych przełączeniem pojazdu spod nadzoru jednego RBC pod nadzór drugiego RBC.

W przywołanych częściach PFU zamawiający zamieścił opisy wskazujące zobowiązanie wykonawcy zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 wybranego w aktualnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do czynności (zakres zgodny z rozpoznanym odwołaniem):

- powiązania systemu z urządzeniami analogicznego systemu na odcinku linii E20 K.(2) – T. (LCS P. I) – ppkt 4.2.11,
- współpracy z projektantami i wykonawcami realizującymi zabudowę systemu ERTMS/ETCS na linii E20C-E 20 na odcinku K.(2) – T. w zakresie prac związanych z połączeniem komputerów RBC znajdujących się w LCS P. I i LCS P. II) – ppkt 5.3.1.1 lit. d),
- współpracy z wykonawcą zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20, w zakresie warstwy podstawowej na etapie projektowania i wykonawczym w zakresie: powiązania z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 przewidzianym do zabudowy na linii E20 – ppkt 5.3.4.1 lit a) tiret trzecie.

Przepisy ustawy Pzp wskazane jako podstawy prawne zarzutów zawartych w odwołaniu – art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 – stanowią o obowiązkach zamawiającego:

- przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
 - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty
- oraz o zakazie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z odwołania oraz złożonych na rozprawie wyjaśnień wynika, że przedmiotem zarzutów są postanowienia PFU dotyczące, nie tyle opisu przedmiotu zamówienia w kontekście wymagań wynikających z przywołanych przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co postanowienia dotyczące zobowiązania wykonawcy wybranego w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia do powiązania systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 z urządzeniami analogicznego systemu na odcinku linii E20 oraz współpracy z projektantami i wykonawcami realizującymi zabudowę systemu na linii E20C-E

20 na wskazanym odcinku, także współpracy z wykonawcą zabudowy systemu na linii E20 w zakresie warstwy podstawowej na etapie projektowania i wykonawczym w zakresie: powiązania z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 przewidzianym do zabudowy na linii E20 – ppkt 5.3.4.1 lit a) tiret trzecie.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu (pkt 5.2 str. 2), że nie ma możliwości złożenia oferty, zaś w uzasadnieniu odwołania zawartym w pkt 10.3, str. 9 odwołania (jedyne fragment merytorycznego uzasadnienia zarzutu) wskazał, że *„(...) opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W celu jej sporządzenia wykonawca zobowiązany jest m.in. wycenić prace opisane powyżej, dotyczące powiązania ze sobą urządzeń zabudowywanych w ramach zadania z urządzeniami zabudowywanymi w ramach Zadania E20. Tymczasem na chwilę obecną nie zostało zakończone postępowanie przetargowe Zadania E20, zaś przed Izłą toczy się aktualnie postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie (sygn. akt KIO 1962/17, KIO 1930/17). Nie jest wiadomym, jaki wykonawca i w jaki sposób dokonywać będzie zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS w Zadaniu E20. Tym samym nie jest również możliwa pełna wycena prac objętych przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu.”*

Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1930/17 i KIO 1962/17 (łącznie rozpoznanie odwołań, w których jednym z odwołujących jest obecny odwołujący), do dnia ogłoszenia wyroku w aktualnej sprawie, nie zostało zakończone wydaniem wyroku. Akta sprawy pozostają w dyspozycji składu orzekającego.

Zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) – *odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem stanowią akta sprawy odwoławczej. Akta sprawy odwoławczej udostępnia się stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, na ich wniosek w siedzibie Izby, w ustalonym z Izłą terminie.*

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego – nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu z akt wskazanego postępowania odwoławczego. Odwołujący zobowiązany na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie sformułował tezy dowodowej i nie wskazał dokumentu, stanowiącego dowód w sprawie, przywołując wyłącznie akta innego postępowania odwoławczego.

Postępowanie kontradiktoryjne przed Izbą nie zwalnia stron i uczestnika postępowania odwoławczego od wskazywania dowodów, również w sytuacji, gdy są one ogólnie dostępne, np. SIWZ.

Nie wymagają dowodu fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną (...) – art. 190 ust. 5 Pzp.

Stanowisko odwołującego, że wiedza o wykonawcy i sposobie dokonywania zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS w zadaniu E20 umożliwi mu „pełną wycenę prac objętych przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu”, a więc w innym stopniu niż pozostałym wykonawcom, jest o tyle zasadne, o ile odwołujący zostałby wykonawcą zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS w zadaniu E20 i zadaniu E59.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że żądanie przedstawione w odwołaniu i ustalone w ostatecznej treści na rozprawie, ma na celu doprowadzenie treści SIWZ (PFU) do możliwości odwołującego.

Izba podzieliła również stanowisko przedstawione w przywołanym wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1651/17 *„Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty, spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny – w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia.”*

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o powołanie biegłego dla potwierdzenia, że dla powiązania urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 niezbędna jest współpraca producentów oprogramowania (E20 i E59), uznając na podstawie art. art. 190 ust. 4 Pzp, że ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała, że zobowiązanie wykonawcy do współpracy i w jej wyniku do odpowiedzialności za zamówienie, którego przedmiot ma pozostać kompatybilny i powiązany z istniejącym lub tworzonym przez zamawiającego – nie narusza zasad wskazanych w zarzutach odwołania.

Specyfika przedmiotu zamówienia, równoległość prowadzenia przez zamawiającego analogicznych postępowań dotyczących robót na różnych liniach, stwarza obiektywną

konieczność powiązania wykonywanego systemu z istniejącym lub tworzonym oraz współpracy twórców zabudowy systemów.

Z uwagi na nieudowodnienie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w zakresie rozpoznanego odwołania – okoliczności faktyczne przedstawione w pkt 10.3 uzasadnienia nie wypełniają przesłanek, o których stanowią przepisy art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.).

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: