

Sygn. akt: KIO 1424/18

WYROK

z dnia **6 sierpnia** 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2018 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Annopol 22, 03 - 236 Warszawa oraz TPF Getinsa Eurostudios 5L - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **TPF Sp. z o.o. - Lider, ul. Annopol 22, 03 - 236 Warszawa oraz TPF Getinsa Eurostudios 5L - Partner, c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 30 na odcinku Opole Groszowice - Jelcz - Wrocław Brochów”, w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji WE za nr 2017/S 113 - 228316 z dnia 15/06/2017 przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie. Wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - TPF Sp. z o.o. – (Lider) z Warszawy oraz TPF Getinsa Eurostudios 5L (Partner) z Madrytu (Hiszpania) [Odwołujący] w odwołaniu; (1) zakwestionowali podjętą w przedmiotowym postępowaniu czynność polegającą na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pomimo że nie wystąpiła przesłanka określona w tym przepisie; (2) wskazali na zaniechanie dokonania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Powyższe zdaniem Odwołującego narusza:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na jego zastosowanie pomimo niewystąpienia przesłanki jego zastosowania, a mianowicie: niewystąpienia istotnej i zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
2. art. 92 ust. 1 pkt 7 w związku art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta Odwołującego została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W dniu 10 lipca 2018 r. Zamawiający przesłał Odwoływającemu „Informację o unieważnieniu postępowania”, w której poinformował, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy PZP postępowanie zostało unieważnione. Zamawiający wskazał, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wskazał, że 7 listopada 2017 r. została podjęta Uchwała nr 173/2017 „zakładająca przyjęcie koncepcji przygotowania i realizacji inwestycji Port Solidarność - Centralny Port Komunikacyjny dla Rzeczypospolitej Polskiej”. Dalej Zamawiający wskazał, że w dniach 9 i 16 kwietnia 2018 roku odbyły się spotkania z przedstawicielami Ministerstwa (jak Odwoływający rozumie - Ministerstwa Infrastruktury) oraz zarządem Zamawiającego „w sprawie komponentu kolejowego ww. przedsięwzięcia, na których to Zamawiający został wezwany do podjęcia niezwłocznych ustaleń dotyczących linii nr 277 (wyjazd z Wrocławia w kierunku Opola)”. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania „w świetle ww. uchwały oraz stanowiska Ministerstwa przedstawionego podczas ww. spotkań”. Dowód: Informacja o unieważnieniu postępowania. Odwoływający w dniu 11 lipca 2018 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania w postaci dokumentów, na które Zamawiający wskazywał w „Informacji o unieważnieniu postępowania”: (1) Uchwały MI z 7.11.2017 nr 173/2017; (2) Protokół/notatki/inne dokumenty dotyczące spotkań w dniach 9 i 16 kwietnia 2018 - o których mowa w piśmie informującym Wykonawcę o unieważnieniu; (3) Wskazanie konkretnego zakresu rozbieżności pomiędzy OPZ, a założeniami z w/w uchwały MI; (4) Koncepcji, o której mowa w ostatnim akapicie na str. 2 pisma, tj. koncepcji przyjętej Uchwałą MI z 7.11.2017 nr 173/2017; a nadto o udostępnienie protokołu postępowania. Wniosek z dnia 11.07. do Zamawiającego. W dniu 11 lipca 2018 r. Odwoływający wystąpił również z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej do Ministerstwa Infrastruktury oraz Zamawiającego. Także na te wnioski Odwoływający nie otrzymał odpowiedzi. Dowód: Wniosek z dnia 11.07. do MI. W dniu 19 lipca 2018 r. Odwoływający ponownie zwrócił się o przekazanie dokumentacji postępowania w zakresie wskazanym w mailu z 11.07.2018 r. Zamawiający do dnia wniesienia odwołania nie przekazał dokumentacji postępowania we wnioskowanym zakresie - czym znacząco utrudnił Odwoływającemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Dowód: maile z dnia 11 i 19 lipca 2018 r.

Odwoływający wskazał, że uchwała nr 137/2017 z dnia 7 listopada 2017 r. (którą pozyskał z Internetu) to Uchwała Rady Ministrów, a nie „uchwała Ministerstwa Infrastruktury” - jak Zamawiający wielokrotnie błędnie nazywa tę uchwałę w całej treści Informacji o unieważnieniu postępowania. Uchwała ta nosi pełną nazwę - „Uchwała nr 137/2017 Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2018 roku w sprawie przyjęcia Koncepcji przygotowania i realizacji inwestycji Port

Solidarność - Centralny Port Komunikacyjny dla Rzeczypospolitej Polskiej" („Uchwała Rady Ministrów"). Dowód: Uchwała Rady Ministrów nr 137/2017 z dnia 7 listopada 2017 roku.

Zamawiający nie dołączył do Informacji o unieważnieniu postępowania ani samej Uchwały Rady Ministrów, ani żadnych dokumentów dotyczących rzekomych ustaleń dokonanych przez zarząd Zamawiającego z Ministerstwem Infrastruktury, w szczególności Zamawiający nie przedstawił dokumentów, w których „Zamawiający został wezwany do podjęcia niezwłocznych ustaleń dotyczących linii nr 277 (wyjazd z Wrocławia w kierunku Opola)". Nie wskazał też, w jakim stopniu ewentualne ustalenia dotyczące linii nr 277 miałyby się odnosić do przedmiotowego postępowania, które przecież dotyczy innej linii - tj. linii kolejowej C-E 30. Tym samym - Zamawiający nie udowodnił, że te okoliczności faktyczne, na które się powołuje - w ogóle się ziściły.

Odwołujący, stwierdził, że jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych jest zasada trwałości postępowania oraz realizacja celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i realizacja zamówienia. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extendendae*, przesłanki do unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły i określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Wskazał przykładowo na orzeczenia KIO: 1132/15; 2610/15 oraz orzeczenia sądów okręgowych: SO w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt IV Ca 429/10 oraz z dnia 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 831/10 – stwierdzając, argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp nie może być ogólne stwierdzenie Zamawiającego, iż „dostosowanie projektu oraz wykonanie robót budowlanych na podstawie pierwotnych założeń uniemożliwiać będzie osiągnięcie rezultatów i założeń przyjętych dla budowy Centralnego portu Komunikacyjnego. Wskazał na brak spełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, który to przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących okoliczności: (1) zaistnienia faktu, że prowadzenie postępowaniu lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, (2) fakt ten musi być wynikiem (skutkiem) istotnej - znaczącej zmiany okoliczności - fakt wystąpienia zmiany musi być obiektywnie dostrzegalny, (3) zmiany okoliczności nie można było przewidzieć - przy czym brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności także powinien dać się ustalić obiektywnie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał ziszczenia się tych przesłanek. W pierwszej kolejności wskazał na pojęcie „interesu publicznego" użyte w tym przepisie przez ustawodawcę oraz wykładnię tego pojęcia przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12

marca 1997 r. sygn. akt W 8/96, stwierdzając że jednostki publiczne transportu publicznego można zakwalifikować jako realizacja przedsięwzięcia służącego ogółowi. Zatem w świetle w/w definicji prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie, a także wykonanie zamówienia, w dacie wszczęcia tego postępowania o udzielenie zamówienia niewątpliwie leżało w interesie publicznym. Skoro interes publiczny istniał w dacie wszczęcia postępowania, to należy się zastanowić - czy obecnie ten interes publiczny już nie istnieje, czy zaistniało tzw. „odpadnięcie interesu publicznego”. Stąd też Zamawiający, aby miał możliwość skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp musi wykazać, że wystąpiła w ogóle zmiana okoliczności powodująca "odpadnięcie interesu publicznego". Zdaniem Odwołującego Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania, że w toku postępowania właśnie „odpadł interes publiczny”, a wręcz przeciwnie - w ogóle nie odniósł się w Informacji o unieważnieniu postępowania do interesu publicznego i jego odpadnięcia. Kolejna przesłanka, która powinien wykazać Zamawiający - to istotność zmiany okoliczności. Wskazał na wyrok Sądu Okręgowy w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r, sygn. akt IX Ga 30/08 podnosząc: aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuować postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Zamawiający jedynie wskazał na samą zmianę okoliczności, już bez wykazania, że taka zmiana w ogóle zaszła, a w szczególności nie wykazał, aby zmiana miała charakter niebagatelny. Co prawda podjęcie przez Radę Ministrów uchwały w sprawie Koncepcji przygotowania i realizacji Centralnego Portu Komunikacyjnego jest jakąś zmianą okoliczności-gdyż wcześniej takiej uchwały nie było, jednak Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób podjęcie tej Uchwały Rady Ministrów w sposób znaczący i niebagatelny wpływa na linię C-E 30. Zdaniem Odwołującego wpływu takiego w ogóle nie ma, nie wynika on z treści uchwały Rady Ministrów - o czym szczegółowo będzie mowa dalej. Co więcej - dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp konieczne jest obiektywne stwierdzenie, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie - że powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Tymczasem Zamawiający nie przedstawił żadnego dokumentu, który potwierdzałby zaistnienie takiej niebagatelnej i znaczącej zmiany. W szczególności Odwołujący zwraca uwagę, że przedmiotowa Uchwała Rady Ministrów to jedynie przyjęcie Koncepcji przygotowania i realizacji Centralnego Portu Komunikacyjnego, gdzie szczególnie ważnym słowem jest słowo „koncepcja”. Przedmiotowa uchwała nie zawiera żadnych szczegółów dotyczących linii C-E 30, nie wynika z jej treści, że plany czy koncepcja dotyczące tej linii określone w Koncepcji miałyby być inne niż opis przedmiotu zamówienia. Koncepcja bowiem w ogóle nie zajmuje się linią C-E 30. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp konieczne jest ustalenie, że zmiana okoliczności rzeczywiście nastąpiła, a nie powstała jedynie

możliwość jej wystąpienia. Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie (wskazał na wyrok KIO - sygn. akt KIO 156/12. Tymczasem Zamawiający, powołując się jedynie na Uchwałę Rady Ministrów, która jest dokumentem ogólnikowym i nie zajmuje się w ogóle linią C-E 30, powołuje się co najwyżej na ewentualną i przyszłą możliwość wystąpienia takiej zmiany. Tym samym zmiana, na którą wskazuje Zamawiający, nie jest zmianą okoliczności o charakterze obiektywnym. Ostatnia z przesłanek jest brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności i użyte sformułowanie w ustawie "nie można było wcześniej przewidzieć" ma charakter uniwersalny, to jest taki, że zamawiający powinien samodzielnie ocenić czy wzrośnie czy w ogóle ustanie zapotrzebowanie na dane zamówienie publiczne. Niemożności przewidzenia danej zmiany zaprzeczył sam Zamawiający w dokumencie na którym sam się powołuje. W Uchwale Rady Ministrów na stronie 38 wskazano: „Koleje Dużych Prędkości. Budowa linii „ Y”. Jedyne projekt zatwierdzony na poziomie rządowym po roku 1989, a dotyczący rozbudowy sieci o istotne elementy nowych Unii to koncepcja Kolei Dużych Prędkości (dalej: KDP „ Y”) traktowana jednak z powodów przyjętej technologii jako wyodrębniony z sieci podsystem przewozów. Projekt zakładał połączenie Warszawy z Łodzią, Poznaniem i Wrocławiem systemem kolei bardzo dużych prędkości o Vmaks 350 km/h. W dniu 19 grudnia 2008 r. Rada Ministrów podjęła uchwałę o przyjęciu „Programu strategii ponadregionalnej - programu budowy i uruchomienia przewozów kolejami dużych prędkości w Polsce”. W ramach przygotowań do tego projektu w 2010 r. powołano w strukturach PKP PLK „Centrum kolei dużych prędkości” oraz zlecono opracowanie Studium Wykonalności tego projektu zawierające m.in. wybór i uzgodnienie optymalnych wariantów trasy; rekomendację wariantu realizacyjnego; analizy środowiskowe oraz ekonomiczne” oraz dalej na str. 60: „Kierując się takim założeniem, należy w szczególności podtrzymać założenia przyjęte w ostatniej Koncepcji 20X0 poddając je aktualizacji w takim zakresie, w jakim wynika to z analiz przeprowadzonych później, jak np. Studium Wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości „Warszawa - Łódź - Poznań/Wrocław” z grudnia 2012 r. Skorzystanie z analiz przeprowadzonych w tym ostatnim dokumencie pozwala bowiem lepiej określić potencjalne lokalizacje CPK, przy założeniu ewentualnej integracji CPK z siecią KDP. Jako priorytetowe należy w konsekwencji uznawać lokalizacje pomiędzy Warszawą a Łodzią, w bezpośredniej bliskości skrzyżowania autostrad A1 i A2 oraz rozważanej linii Kolei Dużych Prędkości.”

Przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone 15 czerwca 2017 r. rekomendacja budowy Centralnego Portu Komunikacyjnego została przyjęta 14 marca 2017 r. przez Komitet Ekonomiczny Rady Ministrów, a więc zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i przed dniem 7 listopada 2017 roku, tj. dniem podjęcia Uchwały Rady Ministrów. Analizy w zakresie

przedmiotowej inwestycji podjęto już w 2003 r., a w 2006 r. powstało studium wykonalności projektu „Centralny Port Lotniczy”. Nie można również przyjąć argumentacji, iż wyznaczenie lokalizacji portu w listopadzie 2017r. mogło spowodować istotne zmiany w przedmiotowym postępowaniu i jego dokumentacji. A to wobec faktu, że lokalizacji CPK była już w chwili wszczynania postępowania pierwotnie określona z wystarczającą precyzją i nie powodowała żadnych zmian w zakresie linii kolejowej C-E 30. Co więcej koncepcja, na którą powołuje się Zamawiający, nie zawiera żadnych aspektów technicznych w zakresie odcinka będącego przedmiotem unieważnionego postępowania. Całość Koncepcji opiera się na ogólnikowych stwierdzeniach, nie zawiera w ogóle żadnej wzmianki w zakresie linii 277, a jedynie ogólniki o głównych ciągach komunikacyjnych prowadzonych do CPK. Nie można z przedmiotowego dokumentu z całą stanowczością wyciągnąć wniosków w zakresie szczegółowości zmian technicznych, na jakie w Informacji o unieważnieniu postępowania powołuje się Zamawiający dla odcinka km od 75,126 (stacja Czernica Wrocławska) do km 85,576 (stacja Wrocław Brochów). W żadnym miejscu przedmiotowej koncepcji nie ma informacji ani w zakresie dobudowy drugiego bezkolizyjnego toru w przedmiotowym wskazanym odcinku, ani o zwiększeniu prędkości użytkowej na przedmiotowym odcinku do 160km/h, Jak wyżej wskazano, w Koncepcji nie ma nawet wymienionego przedmiotowego odcinka linii kolejowej. Odwołujący dokonał szczegółowej analizy przedmiotową koncepcję - jako głównego dokumentu, na którym opiera się Zamawiający w Informacji o unieważnieniu i stwierdził, że Zamawiający nie musi dokonywać żadnej zmiany w dokumencie OPZ w celu dostosowania OPZ do koncepcji. Przedmiotowa koncepcja nie zmienia brzmienia OPZ w zakresie wymogów. Odnośniki co do wymogów technicznym projektu podane są w Opisie Przedmiotu Zamówienia, nie w koncepcji (omówione w dalszej części Odwołania wraz z odnośnikami do OPZ). Nie wystąpi tu również żadna zmiana w zakresie czasu realizacji zamówienia, a objęcie projektem bezkolizyjnego drugiego toru na wskazanym przez Zamawiającego odcinku to koszt pomijalny przy cenie oferty Odwołującego w wysokości 18 500 000 PLN netto.

Odwołujący ponownie wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyrok - sygn. akt KIO 293/14 i KIO 294/14) podnosząc, że dla zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie jest wystarczające wyłącznie wystąpienie wyżej omówionych przesłanek, ale niezbędne jest także kompletne i czytelne zaprezentowanie ich w postępowaniu. Pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie tej decyzji jest obowiązkiem zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motywy, którymi kierował się zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i rzetelny zaprezentowane. Tylko wtedy decyzja zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli. Podał dalej, że celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego i nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do

osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy. Odwołujący ponownie wskazał, że uzasadnienie to jest ogólnikowe i nie opiera się na żadnych dokumentach, a jedynie - na braku woli po stronie Zamawiającego do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Uzasadnienie faktyczne zawiera wiele nieścisłości oraz pomija wiele faktycznych aspektów, które znajdują się w dokumentacji postępowania. Stwierdził, że „Dokumentacja przetargowa dla przedmiotowego postępowania przewidywała projekt i budowę linii 277 - również na odcinku jednotorowym pomiędzy Wrocławiem a Czernicą Wrocławską w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości przejazdowej $V < 160$ km/h”. Przedmiotowe stwierdzenie już samo w sobie nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający wskazuje odcinek od km 75,126 (stacja Czernica Wrocławska) do km 85,576 (stacja Wrocław Brochów). Zgodnie z dokumentacją postępowania oraz stanowiącym elementem dokumentacji przedmiotowego postępowania Studium Wykonalności „Dokumentacja przedprojektowa dla projektu „Prace na linii kolejowej C-E 30 na odcinku na odcinku Opole Groszowice - Jelcz - Wrocław Brochów”, opracowanymi przez BBF Sp. z o.o. w 2015r, linia w całym zakresie przystosowana jest do zabudowy dwóch torów, a jeden tor znajduje się nie - jak podaje Zamawiający - do stacji Wrocław Brochów, a jedynie dochodzi do stacji Siechnice w km 82,380. Na samej stacji Siechnice jest już linia dwutorowa (zdjęcie poniżej obrazujące linię dwutorową przed stacją Wrocław). Przejazd kolejowy - Lk277; km 082,192 przed wjazdem na stację Siechnice (w km 82,380). Unia dwutorowa 3km przed stacją Wrocław (w km 85,576). W dalszej części pisma Zamawiający stwierdził, że „Zgodnie z podjętą uchwałą Rady Ministrów, w celu zapewnienia prawidłowej obsługi obecnego oraz przyszłego ruchu na tym odcinku; zwłaszcza w zakresie potrzeb związanych z funkcjonowaniem połączeń CPK, jego modernizacja powinna zostać zrealizowana w wariantcie co najmniej dwutorowym, z bezkolizyjnym włączeniem w linię nr 132 oraz w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości przejazdowej $V < 160$ km/h. Zakres rozbieżności pomiędzy założeniami OPZ a założeniami wynikającymi z ww. uchwały oraz poczynionych ustaleń uniemożliwia dalsze procedowanie postępowania, a zawarcie umowy w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający zrealizowałby inwestycję niezgodną z rządowymi planami czyniąc ją bezużyteczną ze względu na cel jakemu ma służyć.” Powyższe twierdzenia Zamawiającego również nie mogą zostać uznane za znajdujące potwierdzenie w stanie faktycznym. Po pierwsze Zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej rozbieżności, a jedynie ogólnikowo powołał się na takie rozbieżności, nie konkretyzując ani jednej rozbieżności. Nie wskazał też, które ewentualne rozbieżności pomiędzy „założeniami OPZ” a „założeniami wynikającymi z ww. uchwały” uniemożliwiają realizację przedmiotowego zamówienia. Stwierdził także, że punktem odniesienia dla Zamawiającego nie są żadne wiążące akty prawne ani dokumenty, w szczególności Zamawiający nie powołuje się na żadne zatwierdzone do realizacji projekty, plany i inne dokumenty. Zamawiający za punkt odniesienia wskazuje jedynie „założenia

wynikające z ww. uchwały". Zdaniem Odwołującego takie założenia nie mogą w ogóle być materiałem porównawczym, który mógłby stanowić uzasadnienie unieważnienia postępowania - gdyż założenia ze swej istoty są tylko założeniami, a zatem czymś, co jest planowane, może się zmieniać a nawet - może w ogóle nie zostać wdrożone do realizacji i pozostać na etapie założeń.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia zgodnie z OPZ w taki sposób, aby dochowane były założenia Uchwały Rady Ministrów. Podkreślił, że Zamawiający przewidział w SIWZ wprowadzanie zmian na etapie realizacji zamówienia, już po podpisaniu Umowy. W dokumentacji postępowania - SIWZ, Tom III OPZ, pkt. 4.3.3. [Koncepcja Programowo Przestrzenna], czyli w postanowieniach dotyczących pierwszego etapu projektowania inwestycji Zamawiający wskazał: „Koncepcja programowo-przestrzenna powinna zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych w SW. Wykonawca może zakwestionować koncepcje przedstawione w 5 W pod warunkiem rzetelnego uzasadnienia swoich stwierdzeń. Za koncepcje i rozwiązania zawarte w KPP Wykonawca bierze pełną odpowiedzialność. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może uznać argumentację Wykonawcy i przyjąć rozwiązania zawarte w KPP różne od tych z wybranego wariantu opracowanego w SW.” Przedmiotowy zapis jasno określa, iż Koncepcja Programowo Przestrzenna (KPP) musi być zgodna z obowiązującymi wymogami i odnosić się do ewentualnych zmian, w szczególności zaś może być inna niż Studium Wykonalności (SW). Takie zmiany w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia w stosunku do OPZ Zamawiający uwzględnił również w pkt. 3.2 [Rodzaje Ryzyka]: *„Głównym ryzykiem realizacji Umowy; które Wykonawca powinien wziąć pod uwagę jest ograniczony czas wykonania; wzajemne oddziaływanie różnych wydarzeń oraz nieprzewidziane a niezbędne do uzyskania zgody i uzgodnienia. Ponadto wykonanie zadań określonych w niniejszym OPZ jest wzajemnie uzależnione. Wykonawca musi zwracać szczególną uwagę na właściwą koordynację swojej działalności i brać pod uwagę możliwości i konieczny czas, aby uzyskać zgody i pozwolenia konieczne do realizacji zadania. Wykonawca powinien wziąć pod uwagę poniższe ryzyko i zagrożenia: 8) Ewentualne zmiany w wewnętrznych przepisach Zamawiającego.*

(...)

Taką właśnie zmianą jest podjęcie Uchwały Rady Ministrów i przyjęcie Koncepcji.

Dalej w pkt. 3.2 [Rodzaje Ryzyka] Zamawiający wskazał:

„Wykonawca powinien ściśle współpracować z Zamawiającym oraz instytucjami wydającymi pozwolenia, opinie lub odpowiednie uzgodnienia. Wykonawca powinien przedsięwziąć niezbędne kroki zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości powstających podczas realizacji Umowy, tak, aby wyeliminować możliwość opóźnień w opracowaniu dokumentacji.

Rozwiązania projektowe opracowane przez Wykonawcę powinny umożliwić dowiązanie do grup torowych oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych zadań takich jak:

- Poprawa bezpieczeństwa poprzez zabudowę nowych rozjazdów kolejowych o podwyższonym standardzie konstrukcyjnym, projekt w ramach POHŚ 2007-2013;
- Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap I, projekt w ramach POliŚ 2007-2013;
- Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap II, projekt w ramach POliŚ 2007-2013;
- Rewitalizacja linii kolejowych nr 301 i nr 293 na odcinku Opole - Kluczbork , projekt na Usta projektów RPO objętych KPK do 2023 roku;
- „Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Opole Zachodnie" - (wspomniana przez Zamawiającego linia 132 do której należy się dostosować do prędkości 160km/h)
- „Rewitalizacja Unii kolejowej nr 292 na odcinku Jelcz Miłoszyce - Wrocław Sołtysowice w celu przywrócenia przewozów pasażerskich we WROF"
- Projektów PKP SA. dotyczących dworców kolejowych na przedmiotowej linii;
- innych projektów kolidujących z linią kolejową m.in. drogowych."

Ponadto w zakresie obowiązków Wykonawcy zgodnie z OPZ, pkt 4.3.3.1 [Zakres Koncepcji Programowo-Przestrzennej] określono:

„Zakres KPP:

1) *Analiza i weryfikacja dokumentacji przedprojektowej w zakresie wymaganym do opracowania KPP;*"

W/w postanowienia SIWZ jasno określają, że Wykonawca dokumentacji projektowej na etapie realizacji zamówienia będzie musiał brać pod uwagę zmiany okoliczności, w tym okoliczności, jakie wskazał Zamawiający. W szczególności, jeśli „założenia" z Uchwały Rady Ministrów zmienią przekształcą się w konkretne dokumenty i wymagania - to Wykonawca będzie zobowiązany uwzględnić to w wykonywanej dokumentacji projektowej.

Odwołujący wskazał ponadto, że zmiana, na którą wskazał Zamawiający, jest wręcz pomijalna w swym zakresie w stosunku do kosztów całego zamówienia. Doprojektowanie drugiego toru na odcinku niespełna 7 km, przy linii o długości 85km nie zwiększa nakładów pracy ani czasu realizacji zamówienia. Takich nakładów nie zmienia również zwiększenie prędkości użytkowej, ponieważ i tak geometria całej linii kolejowej podlegałaby analizie pod względem prawidłowości jej wykonania. Nie ma to również wpływu na prace środowiskowe oraz geologiczne. Co więcej, zgodnie ze Studium Wykonalności dołączonym do dokumentacji przedmiotowego postępowania, jasno widać, że np. obiekty mostowe na wskazanym odcinku już pierwotnie projektowane są dla linii dwutorowej, (przedstawił wyciąg z dokumentacji: *Rzut projektowanego mostu kolejowego w km 81.192 przystosowanego do przeprowadzenia*

drugiego toru. Plan sytuacyjny W1). Zdaniem Odwołującego na wskazywanym przez Zamawiającego spornym 7-kilometrowym odcinku od samego początku wymagane były elementy 2-torowe. Zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazuje na brak finansowania na roboty budowlane „a więc dokumentacja pozyskana przez Zamawiającego wymagać będzie aktualizacji bądź sporządzenia projektu zamiennego. W świetle powyższego w ocenie Zamawiającego dalsza realizacja przedmiotowego zamówienia wydaje się bezprzedmiotowa, a zawarcie umowy będzie prowadziło do wykonania zamówienia niezgodnego z przyjętą koncepcją, w konsekwencji powodując, iż Zamawiający będzie zobowiązany do wykonania dodatkowych prac w celu dostosowania wykonanej infrastruktury do założeń”. Przedmiotowe stwierdzenie nie stanowi w opinii Odwołującego żadnej okoliczności istotnej, a przede wszystkim - żadnej okoliczności nowej. Po pierwsze Zamawiający nie wskazał, aby w jakimkolwiek stopniu zmieniła się sytuacja w zakresie finansowania robót budowlanych. Po drugie - gdyby nawet uznać, że ewentualne odsunięcie w czasie prac budowlanych ma jakieś znaczenie (czemu Odwołujący przeczy), to Zamawiający będzie akceptował dokumentację, która to już na etapie Koncepcji Programowo-Przestrzennej będzie dostosowana do ewentualnych wskazanych w Uchwale Rady Ministrów założeń i cały dalszy proces będzie się odbywał na podstawie przedmiotowego dokumentu. Zgodnie z pkt 4.3.3 OPZ „Zatwierdzona KPP (w tym zatwierdzone warianty układów torowych) będzie stanowić podstawę do przygotowania następnych etapów prac projektowych.”

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. W uzasadnieniu w szczególności podał, co następuje:

Jego zdaniem Odwołujący potwierdził, że podjęcie przez Radę Ministrów uchwały w sprawie Koncepcji przygotowania i realizacji Centralnego Portu Komunikacyjnego jest zmianą okoliczności - gdyż w dacie wszczęcia Postępowania takiej uchwały nie było, zakwestionował natomiast wpływ tej uchwały na linię 277. Zgodził się, że sama Uchwała Rady Ministrów jest dokumentem kierunkowym, ale jednocześnie wskazał, że w związku z jej podjęciem, w strukturach PKP PLK S.A został powołany Zespół ds. analizy możliwości realizacji przez Spółkę komponentu kolejowego przewidzianego w ww. Koncepcji. Zespół współpracuje z autorami Koncepcji oraz przedstawicielami Ministerstwa Infrastruktury w celu określenia wymagań, niezbędnych do uwzględnienia przez Spółkę przy planowanych inwestycjach. Efektem tej współpracy jest m.in. pismo z Ministerstwa Infrastruktury określające wymagania dla linii 277 dowód: Pismo Ministerstwa Infrastruktury z dnia 3 lipca 2018 r.

Zamawiający wskazał ponadto, że wiedza na temat docelowego kształtu i parametrów sieci kolejowej kształtowała się w toku prac zarówno roboczych, jak i przede wszystkim otrzymywanych dokumentów, i choć z perspektywy Odwołującego może być postrzegana jako przewlekłość w podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego, wymagała odpowiedniego czasu, wynikającego z konieczności uwzględnienia okoliczności zewnętrznych, analiz brzegowych, celów i zadań określonych na nowo dla PKP PLK S.A. i świadczy o racjonalnym podejściu zamawiającego do ww. problematyki. Podkreślił także, że dopiero w kwietniu br. odbyły się spotkania, które doprowadziły do uzgodnienia i określenia zakresów, w tym m. in. dla linii 277. W toku wszystkich ustaleń i wizji sieci, posiadając wiedzę na temat planowanego obciążenia ruchem kolejowym i otrzymanej korespondencji z Ministerstwa, Zamawiający podjął ostatecznie decyzję o unieważnieniu postępowania. Zamawiający miał także na względzie eksperckie analizy, które wskazują, że zamówienia w postaci tylko zaprojektowania i dobudowy drugiego toru może nie być wystarczające z punktu widzenia zadań PKP PLK S.A. - spodziewane obciążenie ruchem linii nr 277 nawet dwutorowej może ograniczyć przepustowość dla innych rodzajów ruchu - przede wszystkim aglomeracyjnego i towarowego. Wobec tego, niezbędnym jest dokonanie prac koncepcyjnych i projektowych, które pozwolą określić optymalny kształt fragmentu linii 277 oraz docelowy kształt węzła wrocławskiego. Ponadto w omawianym przypadku należało rozważyć zasadność długiego czasu oczekiwania oraz ocenić czy zaprojektowanie minimum dwóch torów do 160 km/h zamiast jednego na 100km/h jest „podobne” w rozumieniu ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, że obejmuje istotną zmianę zamówienia podstawowego. Zaznaczył, że w Informacji o unieważnieniu wskazano wyraźnie, iż: „w celu zapewnienia prawidłowej obsługi obecnego oraz przyszłego ruchu na tym odcinku, zwłaszcza w zakresie potrzeb związanych z funkcjonowaniem połączenia z Centralnym Portem Komunikacyjnym, jego modernizacja powinna zostać zrealizowana w wariantcie co najmniej dwutorowym, z bezkolizyjnym włączeniem w linię nr 132 oraz w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości przejazdowej 1/4160 km/h”, co czyni nieprawdziwymi twierdzenia powołane w odwołaniu, jakoby Zamawiający nie wykazał istotności zmian okoliczności powstałych w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do przesłanki braku możliwości przewidzenia zmiany okoliczności Zamawiający zaznaczył, że w części zakresu rozróżnić kwestię budowy linii Kolei Dużych Prędkości „Y” od realizacji koncepcji Centralnego Portu Komunikacyjnego. Studium Wykonalności i dokumentacja projektowa była opracowywana i zlecana w momencie, gdy prace nad kolejami dużych prędkości były zawieszane, a inwestycja obejmująca linię kolejową nr 277 miała dotyczyć tylko tej linii, jako fragmentu ciągu CE30. Stąd opracowanie dostosowane było do znacznie skromniejszych założeń, tj. ruchu aglomeracyjnego (Wrocław - Jelcz Laskowice) i towarowego (Wrocław Brochów — Opole Groszowice). Nowy zakres

rzeczowy, opracowany w ramach studium potwierdziły analizy, w tym analiza kosztów i korzyści oraz analiza wielokryterialna wariantów inwestycyjnych. Zgodnie ze studium budowy linii KDP „Y”, linia szybkiego ruchu miała nie włączać się do linii kolejowej nr 277, lecz bieć równolegle bądź w pewnym oddaleniu od niej i kończyć się na stacji Wrocław Główny. Z kolei koncepcja CPK przyjęta w listopadzie 2017 roku wskazuje na budowę nowego łącznika jedynie na odcinku Poniatowice (linia kolejowa nr 181) - Czernica Wroclawska (linia kolejowa nr 277). Oznacza to, że odcinek Czernica Wroclawska - Wrocław Brochów wykorzystany będzie wspólnie przez 2 ww. składniki ruchu oraz dodatkowo przez pociągi jadące linią szybką. Wytyczna ta zmusza Zamawiającego do podjęcia szeroko zakrojonych zmian w zakresie projektowania odcinka Czernica Wroclawska Wrocław Brochów, a w szczególności dotyczących:

- ✓ Zaprojektowania dodatkowego lub dodatkowych torów szlakowych;
- ✓ Zmian w układzie torowym stacji Czernica Wroclawska, Siechnice oraz Wrocław Brochów;
- ✓ Budowy bezkolizyjnych rozwiązań układów torowych, zapewniających sprawny przejazd pociągów.

Wszystko to sprawia zatem, że nie będzie to tylko, jak nazwał Odwołujący „doprojektowanie toru” do linii jednotorowej z konstrukcją ziemną przystosowaną do dwóch torów, a szeroko pojęta praca modernizacyjna, przed którą konieczne jest zrealizowanie prac koncepcyjnych, które Zamawiający rozpoczął już siłami własnym. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2744/17) i stwierdził, że: „sformułowanie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności czego nie można było wcześniej przewidzieć należy rozumieć, w ten sposób, iż przyszłe wystąpienie zmiany okoliczności, nie może być pewne lub wielce prawdopodobne w momencie wszczęcia postępowania. A zatem dane zagrożenie może być przewidywane, jednak nie jest wiadome czy wystąpi. Przyjęcie odmiennego poglądu, doprowadziłoby do braku możliwości zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż niemalże każde zmiany okoliczności mogą być przy użyciu wyobraźni przewidywane, co jednak nie oznacza, iż rzeczywiście wystąpią. Wykazanie, że zamawiający mógł przewidywać, iż dane zmiany okoliczności wystąpią a inne, że nie wystąpią, byłoby niemożliwe i oparte jedynie na spekulacjach a nie na faktach. Potwierdza to także treść przepisu, gdyż Ustawodawca posłużył się sformułowaniem czego nie można było wcześniej przewidzieć, a nie sformułowaniem czego nie można było wcześniej przewidywać”.

Zdaniem Zamawiającego, „Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, który uważa, że zgodnie z dokumentacją postępowania Studium Wykonalności „Dokumentacja przedprojektowa dla projektu „Prace na linii kolejowej C-E 30 na odcinku Opole Groszowice - Jelcz Wrocław Brochów”, opracowanymi przez BBF Sp. z o.o. w 2015 r., linia w całym zakresie przystosowana jest do zabudowy dwóch torów, jeden tor znajduje się nie na stacji Wrocław Brochów, a jedynie dochodzi do stacji Siechnice w km 82,380. Na samej stacji Siechnice jest

już linia dwutorowa”. Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z Instrukcją Id-12 linia 277 jest linią dwutorową z odcinkiem jednotorowym na odc. 75,496 - 85,576. dowód: wyciąg z dokumentu „Wykaz linii Id — 12 (D-29)” oraz schemat linii 277 dla tego odcinka. Przedstawione przez Odwołującego zdjęcie przejazdu kolejowego w km 82,192 na którym widoczne są dwa tory przedstawia skrzyżowanie drogi gminnej z głównym torem linii 277 (torem nr 1 będącym jednocześnie torem nr 1 stacyjnym) oraz torem nr 2 stacyjnym (nie szlakowym). Warty uwagi jest fakt, iż od km ok 82,200 v linii 277 rozjazdem nr 2 rozpoczyna się linia kolejowa nr 764 Siechnice - Wrocław Brochów (linia dwutorowa). Z tego względu drugi (i kolejne tory) w stacji Siechnice nie dotyczą linii nr 277. Dalej podał, że: „Zarzut braku wskazania konkretnej rozbieżności pomiędzy „założeniami OPL „założeniami wynikającymi z ww. uchwały”, a jedynie ogólnikowe powołanie się na rozbieżności, ocenić należy jako niezasadny. Ponadto nie można przyjąć stanowiska Odwołującego jakoby możliwe było zrealizowanie zamówienia zgodnie z OPZ w taki sposób, aby dochowane były założenia Uchwały Rady Ministrów. Zgodnie bowiem założono prędkość 100 km/h i jeden tor, natomiast założenia CPK przewidują prędkości do 160 km/h oraz zwiększenie liczby torów (dwa lub więcej). Ponadto z decyzją o zwiększeniu liczby i umiejscowienia torów wiąże się szereg dodatkowych koniecznych do podjęcia, działań:

- wykup gruntów;
- zmiana decyzji środowiskowej (uzupełnienie/opracowanie nowej inwentaryzacji przyrodniczej);
- uzupełnienie lub sporządzenie na nowo (związane ze zmianą przebiegu linii) badań geologicznych.

Odnosząc się do twierdzeń zawartych w odwołaniu, z których wynika, że postanowienia SIWZ jasno określają, iż wykonawca dokumentacji projektowej na etapie realizacji zamówienia będzie musiał brać pod uwagę zmiany okoliczności, w tym okoliczności jakie wskazał Zamawiający należy podkreślić, że zgodnie z SIWZ określona jest prędkość i ta prędkość generuje zakres umowy. Każdorazowe zwiększanie zakresu prędkości diametralnie zmienia zakres projektowy, chociażby poprzez:

- zmianę parametrów geometrycznych istniejących łuków (promień, długość krzywych przejściowych);
- zmianę zagospodarowania terenu, (ograniczenie możliwości przesunięć poprzecznych osi torów niezbędnych do zwiększenia promieni łuków wymagających wyjścia poza teren kolejowy);
- konieczność zabezpieczenia terenu pod infrastrukturę towarzyszącą (zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym, itp.) - a to wpływa tak na zakres ofertowania i na zachowanie konkurencyjności w ramach prowadzonego postępowania przetargowego.

W konkluzji stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz przytoczone orzecznictwo wobec wypełnienia przesłanek art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp i art. 92 ust 1 pkt 7 w związku z art. 93 ust 3 pkt 2 Pzp, wskazują, że formułowane przez Odwołującego stanowisko w ww. zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem Izba za niezasadny uznała zarówno zarzut naruszenia art. 92 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z jej art. 93 ust 3 pkt 2 jak i zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 6 tej ustawy.

Zamawiający w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. przesłał do Odwołującego informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu prawnym tej decyzji podał: „Zamawiający informuje, iż unieważnił postępowanie zgodnie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”. Z kolei w uzasadnieniu faktycznym tej decyzji w szczególności wskazał, że w dniu 15 czerwca 2017 r. wszczął postępowanie przetargowe na Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 30 na odcinku Opole Groszowice — Jelcz — Wrocław Brochów” w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”. Termin składania oraz otwarcia ofert upłynął w dniu 03 sierpnia 2017 r., a w dniu 21 marca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał następnie, że w dniu 7 listopada 2017 r. została podjęta uchwała Ministerstwa Infrastruktury (prawidłowo: Rady Ministrów) o nr 173/2017 w sprawie przyjęcie Koncepcji przygotowania i realizacji inwestycji Port Solidarność — Centralny Port Komunikacyjny dla Rzeczypospolitej Polskiej. Podał także, że w dniach 9 oraz 16 kwietnia 2018 r. odbyły się spotkania z przedstawicielami Ministerstwa oraz zarządem Zamawiającego w sprawie komponentu kolejowego ww. przedsięwzięcia, na których to Zamawiający został wezwany do podjęcia niezwłocznych ustaleń dotyczących linii nr 277 (wyjazd z Wrocławia w kierunku Opola). Podał ponadto, że w świetle ustaleń ww. uchwały oraz stanowiska Ministerstwa przedstawionego podczas ww. spotkań podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, która to decyzja została podyktowana tym, że dostosowanie projektu oraz wykonanie robót budowlanych na podstawie pierwotnych założeń uniemożliwiać będzie osiągnięcie rezultatów i założeń przyjętych dla budowy Centralnego Portu Komunikacyjnego. Powołał się na następujące okoliczności:

- ✓ Dokumentacja przetargowa dla przedmiotowego postępowania przewidywała projekt i budowę linii 277, również na odcinku jednotorowym pomiędzy Wrocławiem a Czernicą Wrocławską, w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości do 100 km/h.
- ✓ Zgodnie z podjętą uchwałą, w celu zapewnienia prawidłowej obsługi obecnego oraz przyszłego ruchu na tym odcinku, zwłaszcza w zakresie potrzeb związanych z funkcjonowaniem połączeń z Centralnym Portem Komunikacyjnym, jego modernizacja powinna zostać zrealizowana w wariantach co najmniej dwutorowym, z bezkolizyjnym

włączeniem w linię nr 132 oraz w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości przejazdowej $V \ll 160$ km/h.

- ✓ Zakres rozbieżności pomiędzy założeniami Opisu przedmiotu zamówienia a założeniami wynikającymi z ww. uchwały oraz poczynionych ustaleń uniemożliwia dalsze procedowanie postępowania, a zawarcie umowy w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający zrealizowałby inwestycję niezgodną z rządowymi planami czyniąc ją bezużyteczną ze względu na cel jakemu ma służyć.

Dalej w Informacji w zakresie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania podał, że: „Rozbudowa odcinka Czernica Wrocławska — Wrocław Brochów oraz bezkolizyjne włączenie linii 277 do linii 132 (na której występuje już prędkość konstrukcyjna 160km/h) umożliwi przeprowadzenie większej liczby pociągów oraz spełnienie założeń koncepcji Centralnego Portu Komunikacyjnego, Zwiększenie zakresu przebudowy linii kolejowej C-E 30 zapewni na odcinku linii C-E 30 Czernica Wrocławska — Wrocław Brochów możliwość prowadzenia ruchu w dwóch kierunkach po dwóch torach. Uzyskanie prędkości co najmniej 160 km/h pozwoli na osiągnięcie zakładanego czasu przejazdu pociągów w relacji CPK — Wrocław, skrócenie czasu przejazdu w relacjach aglomeracyjnych oraz lepsze warunki dla prowadzenia ruchu pociągów towarowych, tj. zgodnie z jej docelowym przeznaczeniem. Z uwagi na fakt, że projekt inwestycyjny, dla którego opracowywana będzie przedmiotowa dokumentacja projektowa nie posiada zapewnionego finansowania robót budowlanych, wysoce prawdopodobnym że będzie on realizowany w terminie wymaganym dla połączenia CPK Wrocław, a więc dokumentacja pozyskana przez Zamawiającego wymagać będzie aktualizacji bądź sporządzenia projektu zamiennego”. Tak jak poinformował w tym piśmie, dalsza realizacja przedmiotowego zamówienia wydaje się bezprzedmiotowa, a zawarcie umowy będzie prowadziło do wykonywania zamówienia niezgodnego z przyjętą koncepcją, w konsekwencji powodując, że będzie zobowiązany do wykonania dodatkowych prac w celu dostosowania wykonanej infrastruktury do założeń.

Wskazując na art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp i przytaczając wymagane tym przepisem przesłanki podał, że na kanwie przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z istotną zmianą okoliczności powodujących, że dalsza realizacja zamówienia jest niecelowa z punktu widzenia interesu publicznego, czego Zamawiający obiektywnie nie mógł przewidzieć na wcześniejszym etapie postępowania, a zatem zachodzą podstawy do jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp”. Podkreślił, że w tym przypadku mamy do czynienia z rzeczywistą zmianą okoliczności o charakterze istotnym. Podjęta uchwała zakłada bowiem wykonanie inwestycji w oparciu o odmienny zakres zamówienia aniżeli zakładano, umożliwiając osiągnięcie wyższych funkcjonalności niż te które zostały wskazane w pierwotnej dokumentacji przetargowej. Wskazał na orzecznictwo KIO (KIO 99/16; KIO 110/16). Odnosząc się do kwestii czy dalsza realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym

Zamawiający stwierdził, że tak przepisy prawa krajowego, jak i wspólnotowego, nie definiują zakresu ww. pojęcia. Rozumienie „interesu publicznego” pośrednio zostało wypracowane w orzecznictwie KIO, gdzie wskazuje się, że: „Interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych, prowadzącym do "elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw". Dalej wskazując na orzecznictwo KIO (KIO 2006/13 i KIO 764/13) podał, że (...) prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu oraz wskazał na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kiedy odpada interes publiczny w wykonaniu zamówienia, co oznacza, że wykonanie zamówienia jest bezcelowe." Wskazał ponadto, że (...) jako dysponent środków publicznych jest zobowiązany do racjonalnego oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych. Realizacja przedmiotu zamówienia, którego potrzeba wykonania zdezaktualizowała się już w momencie zawarcia umowy, będzie poczytywana jako niecelowa forma redystrybucji tychże środków". W podsumowaniu stwierdził, że wskazane okoliczności potwierdzają ziszczenie się dwóch pierwszych przesłanek z art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. W odniesieniu do ostatniej przesłanki wskazał, że (...) postępowanie zostało wszczęte w połowie czerwca 2017 r., a termin składania ofert został wyznaczony na dzień 3 sierpnia 2017 r. Natomiast uchwała o założeniach nowej koncepcji została podjęta z początkiem listopada 2017 r., a więc dwa miesiące po terminie złożenia ofert w postępowaniu. Szczegółowe plany budowy Centralnego Portu Komunikacyjnego nie były znane podczas prowadzenia postępowania, w świetle powyższego warunek obiektywnej niemożliwości przewidzenia zmiany okoliczności został wypełniony. Wskazał także, że zmiana okoliczności była wynikiem podjętej uchwały o nr 173/2017 i dyspozycji z niej wynikających, co dodatkowo potwierdza zasadność podjętej przez Zamawiającego decyzji, albowiem (zgodnie z orzecznictwem KIO - KIO 2832/14) „zmiana okoliczności, o której mowa w przywołanym przepisie musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Zmiana taka może wynikać z aktu prawnego wiążącego zamawiającego”. Reasumując stwierdził, że unieważnienie postępowania jest uzasadnione, a podjęta przez Zamawiającego czynność czyni zadość literze prawa.

Izba mając na uwadze, treść Informacji o unieważnieniu postępowania (przytoczoną nieomalże w całości, co do jego uzasadnienia faktycznego) stwierdza, że nie można zgodzić

się z zarzutem odwołania, naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 7 w związku art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, opartym na twierdzeniu zaniechania podania uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Zamawiający w tym przypadku bowiem systemowo - w odniesieniu do każdej wymaganej przepisem art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp przesłanki – wskazał na okoliczności, które jego zdaniem przemawiają za unieważnieniem tego postępowania na podstawie powołanego przepisu ustawy.

Izba także uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w zacytowanej Informacji z dnia 10 lipca 2018 r. wykazał, że w stanie faktycznym tej sprawy mamy do czynienia z rzeczywistą zmianą okoliczności, która to zmiana ma charakter istotny i, która powoduje, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym oraz, że nie można było, patrząc w kategoriach obiektywnych, wystąpienia okoliczności tej zmiany wcześniej przewidzieć, była ona bowiem skutkiem zaistnienia zewnętrznych okoliczności.

W przypadku tego zamówienia według wiążącego dla tego postępowania Opisu Przedmiotu Zamówienia - pkt 1.2.3 OPZ: „Projekt swym zakresem obejmuje:

- Linię kolejową nr 277 Opole Groszowice — Wrocław Brochów na odcinku od km 1 ,261 do km 75,496. Linia jest linią pierwszorzędą, dwutorową, zelektryfikowaną o prześwicie toru 1435mm, a na odcinku od km 75,496 do km 85,576 linią jednotorową.
- Linię kolejową nr 132 Bytom - Wrocław Główny na odcinku od km 93,750 0 km 94,508. Linia jest linią magistralną, dwutorową, zelektryfikowaną o prześwicie toru 1435mm”.

Z kolei: „Prędkość konstrukcyjna w torze nr 1 i 2 linii nr 277 na rozpatrywanym odcinku wynosi 100km/h, a na linii nr 132 wynosi 160km/h”.

W punkcie 4.2 OPZ z kolei wskazano: „Realizacja zamówienia ma na celu osiągnięcie następujących parametrów eksploatacyjnych oraz cech użytkowych zgodnych z przyjętą kategorią linii wg. TSI:

1) prędkość maksymalna dla :

a) dla linii kolejowej nr 277:

- pociągów pasażerskich - 100km/h (z wyjątkiem odcinków linii dla których obecnie prędkość jest wyższa), pociągów towarowych 100km/h,
- dla linii kolejowej nr 132 pociągów pasażerskich - 120km/h, pociągów towarowych - 100km/h, (...)

7) klasa obciążenia na obiektach inżynierskich wg PN-EN 15273:

a) dla linii kolejowej nr 277:

- D2 dla maksymalnej prędkości pociągów osobowych 100km/h
- D4/E4/E5* dla maksymalnej prędkości pociągów towarowych 100km/h (...)

Wobec takiego opisu parametrów Izba zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że kluczowe parametry – dla spornego odcinka - prędkość przejazdowa i liczba torów określone zostały dla Koncepcji i następnie dla dokumentacji na podstawie której będą realizowane roboty - na 100 km/h i jeden tor, i te parametry generują przedmiot tego zamówienia i zakres przyszłej umowy. Do tego przedmiotu zamówienia odnosi się także dokumentacja dostarczana wykonawcom na bazie której miała być opracowana oferta. Z kolei uchwała Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2017 r. nr 173/2017, w tym jej załącznik nr 3 wymaga zapewnienia prawidłowej obsługi obecnego oraz przyszłego ruchu na tym odcinku, zwłaszcza w zakresie potrzeb związanych z funkcjonowaniem połączenia z Centralnym Portem Komunikacyjnym i jego modernizacją, aby osiągnięty został ten cel, powinna zostać zrealizowana w wariantcie co najmniej dwutorowym, z bezkolizyjnym włączeniem w linię nr 132 oraz w standardzie zapewniającym osiągnięcie prędkości przejazdowej $V < 160$ km/h. Taka informacja została podana w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania.

Niewątpliwie zwiększenie zakresu prędkości diametralnie zmienia zakres projektowy, chociażby co do:

- ✓ zmiany parametrów geometrycznych istniejących łuków (promienie, długość krzywych przejściowych);
- ✓ zmiany zagospodarowania terenu, (ograniczenie możliwości przesunięć poprzecznych osi torów niezbędnych do zwiększenia promieni łuków wymagających wyjścia poza teren kolejowy);
- ✓ konieczności zabezpieczenia terenu pod infrastrukturę towarzyszącą (zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym, itp.)

a to z kolei wpływa tak na zakres ofertowania jak i na zachowanie konkurencyjności w ramach prowadzonego postępowania przetargowego. Nie jest zatem możliwe zrealizowanie zamówienia według reguł przyjętych w unieważnionym postępowaniu i jednocześnie dochowanie założeń i wymagań wynikających z uchwały 173/2017. Izba zwraca także uwagę, że z decyzją o zwiększeniu liczby i umiejscowienia torów wiąże się – na co wskazywał Zamawiający - także szereg dodatkowych koniecznych do podjęcia, działań m.in.: wykup gruntów, zmiana decyzji środowiskowej (uzupełnienie/opracowanie nowej inwentaryzacji przyrodniczej), czy też uzupełnienie lub sporządzenie na nowo (związane ze zmianą przebiegu linii) badań geologicznych.

Wdrażana uchwała Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2017 r. nr 173/2017 ma - wbrew twierdzeniom Odwołującego znaczenie dla unieważnionego postępowania. Odnośnie transportu kolejowego - już w jej części wstępnej wskazuje się na konieczność modernizacji

kluczowych ciągów transportowych, co wiąże się z budową nowych sieci oraz zwiększeniem intensywności zabiegów rewitalizacyjnych, wskazując że ten dokument wprowadza nowe spojrzenie na realizację celów strategicznych przewidzianych kierunkowo w Dokumencie Implementacyjnym do STR w zakresie sektora kolejowego. W dalszej jej części zwraca się uwagę m.in. na wady i skutki obecnego ukształtowania sieci kolejowej w RP, a w załączniku nr 3 na Planowane do uzyskania efekty czasów przejazdu – na spornym odcinku - z uwagi na wprowadzenie zakładanej prędkości minimum 160 km/h. Powyższe oznacza, że skutkiem realizacji celów strategicznych wynikających z tej uchwały w kontekście także innych środków transportu wymagane będzie wykonanie inwestycji w oparciu o odmienny zakres zamówienia, aniżeli zakładano w tym postępowaniu, umożliwiające osiągnięcie wyższych funkcjonalności niż te które zostały wskazane w pierwotnej dokumentacji przetargowej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że niezbędnym jest w pierwszej kolejności podjęcie w pewnym sensie „na nowo” prac koncepcyjnych i projektowych, które pozwolą określić optymalny kształt fragmentu linii 277 oraz docelowy kształt węzła wrocławskiego uwzględniając potrzebę zaprojektowania m.in. minimum dwóch torów dla prędkości do 160 km/h, w miejsce aktualnie jednego toru – dla prędkości 100km/h, co niewątpliwie obejmuje istotną zmianę zamówienia podstawowego. Tak jak wskazał Zamawiający w decyzji o unieważnieniu tego postępowania (co podtrzymał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie) w postanowieniach tego OPZ dla spornego odcinka w jego aktualnym kształcie założono prace na linii jednotorowej z prędkością przejazdową 100 km/h. Natomiast skutkiem realizacji koncepcji CPK powstaje konieczność budowy nowego łącznika na odcinku Poniatowice (linia kolejowa nr 181) - Czernica Wrocławska (linia kolejowa nr 277). Oznacza to, że odcinek Czernica Wrocławska - Wrocław Brochów wykorzystany będzie wspólnie przez dwa wymienione składniki ruchu oraz dodatkowo przez pociągi jadące linią szybką. Wytuczna ta zmusza Zamawiającego do podjęcia szeroko zakrojonych zmian w zakresie projektowania odcinka Czernica Wrocławska Wrocław Brochów, a w szczególności dotyczących:

- ✓ Zaprojektowania dodatkowego lub dodatkowych torów szlakowych;
- ✓ Zmian w układzie torowym stacji Czernica Wrocławska, Siechnice oraz Wrocław Brochów;
- ✓ Budowy bezkolizyjnych rozwiązań układów torowych, zapewniających sprawny przejazd pociągów.

Zatem nie będzie to tylko, jak argumentował Odwołujący „doprojektowanie toru” do linii jednotorowej z konstrukcją ziemną przystosowaną do dwóch torów, a szeroko pojęta praca modernizacyjna, przed którą konieczne jest zrealizowanie prac koncepcyjnych, które Zamawiający – jak podnosił - rozpoczął już w zakresie jego właściwości. Wskazana zatem uchwała jest istotną zmianą okoliczności - w dacie wszczęcia Postępowania taka uchwała nie została przez Radę Ministrów przyjęta, a jej założenia – jej szerszy kontekst – mają wpływ na linię 277. W związku z jej podjęciem w strukturach PKP PLK S.A został powołany Zespół ds.

analizy możliwości realizacji przez Spółkę komponentu kolejowego przewidzianego w ww. koncepcji, który współpracuje z autorami koncepcji oraz przedstawicielami Ministerstwa Infrastruktury w celu określenia wymagań, niezbędnych do uwzględnienia przez Spółkę przy planowanych inwestycjach. Efektem tej współpracy jest m.in. pismo z Ministerstwa Infrastruktury z dnia 3 lipca 2018 r. które w jego treści potwierdza wymagania dla linii 277. Także Izba zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że wiedza na temat docelowego kształtu i parametrów sieci kolejowej kształtowała się w toku prac zarówno roboczych, jak i otrzymywanych dokumentów, i choć z perspektywy Odwołującego może być postrzegana jako przewlekłość w podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego, wymagała odpowiedniego czasu, wynikającego z konieczności uwzględnienia okoliczności zewnętrznych, analiz brzegowych, celów i zadań określonych na nowo dla PKP PLK S.A.

Izba zwraca także uwagę, że Projekt swym zakresem obejmuje integralnie linię kolejową nr 277 (...) (na odcinku od km 75,496 do km 85,576 linią jednotorową) oraz linię kolejową nr 132 (...) i nie jest możliwe wydzielenie spornego odcinka, jak we wnioskach sugerował odwołujący. Wskaźnik 10 % w żadnym stopniu nie przekłada się ani na wymagania techniczne, ani na podstawy obliczania ceny, co odzwierciedla najlepiej załącznik dla Formularza ofertowego – Harmonogram rzeczowo-finansowy, który nie pozwala wyłączyć z opracowania, ani z ceny tego odcinka.

Reasumując Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp: art. 93 ust 1 pkt 6 oraz art. 92 ust 1 pkt 7 w związku z art. 93 ust 3 pkt 2 Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....