

Sygn. akt: KIO 227/22

POSTANOWIENIE
z dnia 09 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 09 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez Odwołującego **Thales Polska Sp. z o.o. (ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego:

- A. **Trakcja S.A. (Al. Jerozolimskie 100 II p., 00-807 Warszawa)**
- B. **AZD PRAHA s.r.o. (Zirovnicka 3146/2, 106 00 Praha 10)**
- C. **PORR S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa)**
- D. **TORPOL S.A. (ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań)**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego **Thales Polska Sp. z o.o. (ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa)** kwoty **18000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych w obrębie stacji Słupsk od km 128,600 do km 135,100 Linii kolejowej nr 202 w ramach projektu POLiŚ 5.1-17 pn. „Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk” część II odcinek Lębork – Słupsk.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 011-025034.

Odwołujący Thales Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie postanowień SWZ (w tym STWIORB, stanowiącego TOM III SWZ) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga w opisie przedmiotu zamówienia, aby wszystkie urządzenia automatyki kolejowej przewidziane do zabudowy w ramach Lokalnego Centrum Sterowania (LCS) oraz Centrum Utrzymania i Diagnostyki (CUiD) Słupsk posiadały ten sam typ interfejsu użytkownika oraz tę samą platformę sprzętową co już zabudowane na pulpitych miejscowych linii 405 urządzenia produkcji Bombardier Transportation, podczas gdy nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a na rynku dostępne są urządzenia innych producentów (w tym Odwołującego), które spełniają wszystkie wymagane funkcjonalności oraz posiadają stosowane dopuszczenia i których zastosowanie nie wpłynie na wymaganą jakość i funkcjonalność realizowanego zamówienia;

2) art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedostosowanie się do dyrektyw przygotowania postępowania wynikających z tych przepisów, tj. sformułowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym budowy LCS oraz CUiD w sposób niepozwalający na jednoznaczne ustalenie wymagań Zamawiającego dotyczących ujednolicenia interfejsu użytkownika oraz platformy sprzętowej pomiędzy urządzeniami przewidzianymi do zabudowy w obrębie LCS oraz pulpitymi miejscowymi na zdalnie sterowanych posterunkach, w szczególności zważywszy na treść projektu budowlanego oraz projektów wykonawczych o treści tożsamej z budowlanymi załączonymi do SWZ, który w zakresie, w jakim opisuje stanowiska w budynku LCS-u przewidziane do budowy nie

wymaga dokonania ujednoczenia stosowanego w nich interfejsu użytkownika i platformy sprzętowej z urządzeniami zabudowanymi już na odcinku linii 405, podczas gdy odmienny wniosek wynika z analizy treści STWIORB dla tych urządzeń. W związku z tak niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, niemożliwe jest złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji - wykonawcy mogą przyjmować bowiem różne założenia co do konieczności ujednoczenia ww. interfejsów oraz platformy sprzętowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści STWIORB opracowanego dla Części A Urządzenia automatyki kolejowej (srk), rozdz. VI. STWIORB - A.05 Budowa Lokalnych Centrów Utrzymania (LCS) i diagnostyki (CUIID), poprzez:

- wykreślenie ppkt 5 oraz ppkt 7 - zamieszczonych w pkt 1.5.2. „*Konstrukcja*” ww. STWIORB,
- wykreślenie ppkt 1 - zamieszczonego w pkt 1.6.2. „*Konstrukcja i technologia*” ww.

STWIORB;

względnie poprzez pozostawienie wskazanych podpunktów z jednoczesnym dodaniem do ich treści wyraźnego zastrzeżenia w brzmieniu: „Wymóg zawarty w zdaniu poprzednim dotyczy wyłącznie urządzeń planowanych do zabudowy w ramach przedmiotowego zadania.”

09 lutego 2022 roku w trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Wobec powyższego, stosownie do art. 568 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania, Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego (zgłoszonego w trakcie posiedzenia z udziałem stron) o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł, zgodnie ze złożoną fakturą.

Zamawiający dokonał zmiany SWZ w późnych godzinach w dniu poprzedzającym posiedzenie z udziałem stron i rozprawę. Na tę okoliczność (w trakcie posiedzenia z udziałem stron) zwrócił uwagę Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczał.

Wobec takiej sytuacji, Odwołujący wnosił o zarządzenie przerwy w trakcie posiedzenia z udziałem stron, celem umożliwienia pełnego zapoznania z treścią odpowiedzi na odwołanie, z dokonanymi przez Zamawiającego zmianami SWZ, jak również w celu ustalenia, czy dokonane przez Zamawiającego zmiany czynią zadość żądaniom Odwołującego wyrażonym w odwołaniu. Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron podkreślał, że trudno jest mu na tę chwilę dokonać oceny, czy rzeczywiście uległ zmianie pierwotny zakres postanowień SWZ. Zamawiający nie dokonał bowiem zmian w sposób literalnie zgodny z tymi, jakie proponował Odwołujący w treści odwołania.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ na tyle późno, że uniemożliwił Odwołującemu analizę dokonanych zmian SWZ, podjęcie dalszych decyzji oraz złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania na dzień przed posiedzeniem z udziałem stron. Uniemożliwiając Odwołującemu swobodne podjęcie decyzji o cofnięciu odwołania na dzień przed terminem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy, Zamawiający również naraził Odwołującego na konieczność poniesienia kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego, zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu (a z pewnością znacząco utrudnił) swobodną analizę dokonanych zmian SWZ i w konsekwencji podjęcie ewentualnej decyzji (złożenie wniosku) o cofnięciu odwołania w dniu poprzedzającym otwarcie posiedzenia z udziałem stron i rozprawę, byłoby rażąco niesprawiedliwe.

Odróżnić należy sytuację cofnięcia odwołania w konsekwencji zmian w treści SWZ dokonanych przez Zamawiającego od sytuacji, gdy wykonawca dysponuje swobodnie czasem na podjęcie decyzji o wycofaniu odwołania, bowiem od chwili złożenia odwołania, nie mają miejsca żadne czynności/okoliczności, które wywarłyby skutek dla tego odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....