

Sygn. akt: KIO 2438/15

**WYROK**

**z dnia 26 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. gen Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. gen Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. gen Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. gen Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno - odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz”, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 października 2015 r., nr 2015/S 212-384199..

W dniu 6 listopada 2015 r. (pismem z dnia 5 listopada 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 listopada 2015 r.) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, podjęcia przez zamawiającego następujących czynności i zaniechań, tj.:

1. określenia w Sekcji 11.1.5) Ogłoszenia o zamówieniu przedmiotu zamówienia z pominięciem systemu ETCS (do czego Zamawiający jest zobligowany zgodnie z przepisami Ustawy oraz Decyzją Komisji Europejskiej z dnia 25 stycznia 2012 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” transeuropejskiego systemu kolei, jak również w świetle postanowień Narodowego Planu Wdrażania Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym w Polsce),
2. sposobu sformułowania warunku udziału w Postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawców związanych z budową systemów ETCS, a także znaczenia tych warunków oraz zaniechania przekazania informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
3. z ostrożności:
  - 1) w przypadku zamiaru zamawiającego budowy systemu ETCS w ramach odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, doprowadzenie do uprzywilejowanej pozycji wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia w ramach postępowania, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie,

- 2) w przypadku uznania przez zamawiającego, iż zakres przedmiotu zamówienia może zostać doprecyzowany (rozszerzony) po przekazaniu SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia w kolejnym etapie Postępowania, podnoszę brak możliwości wprowadzenia takiej zmiany wobec dyspozycji art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalnym jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pominięcie kluczowego elementu przedmiotu zamówienia tj. w zakresie wykonania systemu ETCS, co w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji i umożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy wobec braku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrażania przedmiotowych systemów nie dają gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia,
2. art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sformułowania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów ETCS oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, a także znaczenia tego warunku,
3. art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku instalowania systemu ETCS przy istniejących już na linii kolejowej urządzeniach warstwy podstawowej, konieczne jest przystosowywanie tychże urządzeń do współpracy z ETCS; Przystosowanie ma charakter sprzętowy i programowy. Nie ulega wątpliwości iż wykonawca, który zrealizuje zamówienie w wyniku Postępowania objętego niniejszym odwołaniem będzie dokonywał integracji własnych komponentów sprzętowo-programowych, co stawia go w sposób całkowicie nieuzasadniony - w pozycji uprzywilejowanej wobec innych potencjalnych wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. określenia przedmiotu zamówienia w Sekcji 11.1.5} Ogłoszenia o zamówieniu, z uwzględnieniem budowy systemu ETCS,
2. zmiany sformułowania warunku udziału w Postępowaniu określonego w ppkt. a) pkt.

III 4 sekcji 111.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu - Kwalifikacje techniczne:

zamiast:

„budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), co najmniej 1 (słownie: jednego) systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), obejmującego minimum 10 (słownie: dziesięć) zwrotnic, wykonana w ramach jednego zamówienia, oraz”

na nowe o brzmieniu:

„budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), co najmniej 1 (słownie: jednego) systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), obejmującego minimum 10 (słownie: dziesięć) zwrotnic, który współpracuje z urządzeniami ETCS poziomu 2, wykonana w ramach jednego zamówienia, oraz”,

3. nakazanie uwzględnienia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 2) powyżej,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., że zainstalowanie ERTMS/ETCS jest obowiązkowe w przypadku realizacji projektu, którego dotyczy niniejsze postępowanie. Postępowanie w niniejszej sprawie dotyczy modernizacji odcinka liczącego wprawdzie mniej niż 150 km, jednak nie ma to znaczenia, jako że w istocie zamawiający prowadzi trzy równoległe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację linii kolejowej między Warszawą a Poznaniem o długości przekraczającej znacznie 150 km, odcinki objęte tymi postępowaniami stanowią de facto jedną całość (jeden ciągły odcinek). Chodzi bowiem łącznie o odcinek Sochaczew - Swarzędz linii E20 od km 60 do 290 (a więc długość modernizowanej linii wynosi łącznie 230 km, podzielone wyłącznie dla celów postępowania o udzielenie zamówienia na trzy odcinki: km 60-109, km 109-172 i km 172-190). Co więcej fakt, że te trzy odcinki stanowią jeden Projekt wynika wprost ze wszystkich trzech ogłoszeń o zamówieniu gdzie nazwa zadania każdorazowo brzmi: „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS (...) w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań - pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz”, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF)". Ponadto, należy mieć na uwadze, że nawet, gdyby rzeczywiście chodziło o krótkie i nieciągłe odcinki liczące mniej niż 150 km to zamawiający powinien był wystąpić do Komisji o odpowiednią dyspensę z realizacji obowiązku wyposażenia linii w system ERTMS/ETCS i dysponować taką zgodą.

ETCS stanowi komponent krytyczny z punktu widzenia bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania sformułowania warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wymagań w zakresie dokumentów odwołujący podniósł, iż zarzut ten stanowi konsekwencję rozszerzenia przedmiotu zamówienia. To właśnie pierwszy etap gwarantuje zabezpieczenie interesów zamawiającego w tym zakresie. Powierzenie do wykonania tak istotnego elementu bezpieczeństwa jakim jest system ETCS, musi być poparte odpowiednią wiedzą i doświadczeniem Wykonawcy. W przypadku instalowania systemu ETCS przy istniejących już na linii kolejowej urządzeniach warstwy podstawowej konieczne jest przystosowywanie tychże urządzeń do współpracy z ETCS. Przystosowanie takie ma charakter sprzętowy i programowy, by dzięki temu zrealizować odpowiedni i interfejs służący do wymiany danych.

Realizacja systemów warstwy podstawowej srk i systemu ETCS w osobnych przetargach powoduje występowanie kosztów dodatkowych wynikających z konieczności kosztownego dostosowywania zainstalowanych wcześniej urządzeń do możliwości współpracy z systemem ETCS. Co więcej w przypadku zabudowy systemów warstwy podstawowej srk przez wykonawcę niemającego doświadczenia w zakresie współpracy urządzeń warstwy podstawowej z systemem ETCS istnieje realne ryzyko, że konieczna będzie całkowita wymiana urządzeń warstwy podstawowej. Koszty takich działań będą kosztami straconymi, których można uniknąć realizując urządzenia warstwy podstawowej wraz z systemem ETCS w jednym przetargu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez pominięcie kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie wykonania systemu ETCS nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż „przedmiotem zamówienia – zgodnie z sekcją II, pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu – jest wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF) w formule „buduj”. Wskazane roboty budowlane powinny być zrealizowane zgodnie z zakresem opracowanej dokumentacji projektowej oraz wymaganiami opisanymi w STWiORB oraz SIWZ – obejmującym obszar LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi linia kolejowa nr 3 (E20) od km 109,000 – 172,000 (kontrakt B1) i będą obejmować (...)”

Odwołujący zakwestionował powyższe, żądając określenia przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem budowy systemu ETCS.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż ogłoszenie o zamówieniu zawiera „określenie przedmiotu zamówienia”, a więc dotyczy jednego z wyliczonych w tym przepisie obligatoryjnych elementów, jakie powinny znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu udzielanym w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu (sekcja II, pkt II.1.5), co jest niewątpliwe, zawiera opis przedmiotu zamówienia.

Punkt 8 preambuły Decyzji Komisji z dnia 25 stycznia 2012 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” stanowi, że „w przypadku, gdy w ramach projektów w zakresie infrastruktury kolejowej korzystających ze wsparcia finansowego UE dokonywana jest nowa instalacja lub modernizacja części kontroli pociągu należącej do podsystemu "Sterowanie", powinna ona obowiązkowo obejmować wyposażenie w system ERTMS/ETCS. (...) W pewnych przypadkach konieczne będzie jednak dopuszczenie odstępstw od tej reguły”. Oznacza to, że modernizacja linii kolejowych powinna obejmować budowę, instalację i uruchomienie dwóch warstw systemu: pierwszą obejmującą urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk) oraz drugą ERTMS/ETCS. Niemniej jednak w określonych sytuacjach dopuszczona jest możliwość zwolnienia z jednoczesnej realizacji obu tych warstw w ramach jednego zamówienia. Jest to możliwe w przypadku spełnienia przesłanek z tego artykułu, tj. „w przypadku gdy modernizacja sygnalizacji obejmuje krótkie (mniej niż 150 km) i nieciągłe odcinki linii oraz pod warunkiem, że ETCS zostanie zainstalowany przed upływem krótszego z następujących terminów:

- 5 lat od zakończenia realizacji projektu,

- czasu, do którego nastąpi połączenie danego odcinka linii z inną linią wyposażoną w ETCS”

Odcinek linii kolejowej będącej przedmiotem tego postępowania spełnia te przesłanki. Obejmuje bowiem odcinek linii kolejowej krótszy niż 150 km, a ponadto zamawiający uzyskał od Komisji Europejskiej derogację w zakresie terminu wdrożenia systemu ERTMS/ETCS obejmującego prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz. A ponadto zamawiający w dniu wszczęcia postępowania posiadał już wiedzę o uzyskanej derogacji. Tym samym nie miał obowiązku objęcia przedmiotem tego postępowania warstwy ERTMS/ETCS. Powyższe jednoznacznie bowiem wynika z korespondencji prowadzonej celem uzyskania zwolnienia, a także odpowiedzi Komisji Europejskiej zawierającej zgodę na derogację w zakresie terminu wdrożenia systemu ERTMS/ETCS obejmującego prace na linii kolejowej objętej przedmiotem tego zamówienia.

Dlatego też nie znajdują żadnego uzasadnienia argumenty odwołującego mające uzasadniać uwzględnienie w opisie przedmiotu tego zamówienia budowy systemu ETCS. Jak bowiem wynika z treści art. 4 ust. 2 Decyzji państwo członkowskie występujące o derogację zobowiązane jest wykazać, że „wprowadzenie ERTMS do eksploatacji we wcześniejszym z dwóch terminów (...) wiąże się ze znaczną korzyścią ekonomiczną lub techniczną”. Skoro więc państwo polskie uzyskało zgodę na derogację w zakresie terminu wdrożenia systemu ERTMS/ETCS to oznacza to, że Komisja Europejska zaakceptowała wskazane we wniosku przyczyny wystąpienia o derogację, tj. przyczyny techniczne, ekonomiczne, eksploatacyjne i czasowe jako uzasadniające jej zastosowanie. Zamawiający podał bowiem we wniosku szczegółowo okoliczności, które zdecydowały o podjęciu przez niego decyzji o wystąpieniu o derogację. Tak więc twierdzenia dowołującego, iż właśnie z uwagi na te okoliczności, w tym bezpieczeństwo i związane z tym koszty, system ERTMS/ETCS powinien być objęty przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu nie znajdują żadnego uzasadnienia. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do wprowadzenia w opisie przedmiotu zamówienia tego zamówienia zmiany zgłaszanej przez odwołującego.

**Zarzuty naruszenia art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów ETCS oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, a także znaczenia tego warunku oraz naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te**



**dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia nie potwierdziły się.**

W ogłoszeniu o zamówieniu udzielanym w trybie przetargu ograniczonego zamawiający stawia warunki udziału w postępowaniu w granicach art. 22 ustawy Pzp, a oświadczeń i dokumentów żąda zgodnie z art. 25 i 26 ustawy Pzp.

Zamawiający sformułował w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełniania tych warunków. Warunki te i sposób oceny ich spełnienia są – w ocenie Izby – związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne.

Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się bowiem na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie – umowie zawieranej z wykonawcą wyłonionym w tym postępowaniu. Tymczasem system ETCS nie będzie objęty umową realizowaną przez wykonawcę wybranego w tym postępowaniu.

Kwestionowany warunek (wiedzy i doświadczenia), zachowuje proporcje w stosunku do przedmiotu zamówienia. To dopiero sformułowanie warunku i sposobu oceny jego spełniania w taki sposób jakiego żąda odwołujący, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji systemów ETCS, które nie są objęte przedmiotem tego postępowania, ograniczało by konkurencję.

Odniesienie warunku do elementu, który będzie objęty przedmiotem innego postępowania nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....