

Sygn. akt: KIO 1651/17

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia br. przez wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach na rzecz zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie 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 2015, poz. 2164 z późn. 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

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie urządzeń ERTMS/ETCS Poziom 1 dla linii kolejowej nr 226 Pruszcz Gdański - Gdańsk Port Północny w ramach Projektu POLiŚ nr 5.1-8 pn. „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2017/S 108-217962. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 sierpnia 2017 r. wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

2) art. 36 aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11, art. 29 ust 1 i 2, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podzielenia przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem na części, w sytuacji gdy istniały podstawy do jego podzielenia, a fakt zaniechania takiego podziału narusza zasady równego traktowania wykonawców, konkurencyjności zamówień, zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności, a nadto naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia,

3) art. 36 aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11, 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 46 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podzielenia przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem na części, w sytuacji gdy istniały podstawy do jego podzielenia.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W wyniku odpowiedzi na pytania do SIWZ, Zamawiający w dniu 28 lipca 2017 roku doprecyzował, że płynne połączenie między poziomami ma odbywać się (i) w sposób automatyczny oraz (ii) bez konieczności przechodzenia przez poziom SN (pytanie 42 oraz odpowiedź opublikowana dnia 28 lipca 2017 roku). Powyższe w ocenie Odwołujący przesądza, że nie da się zrealizować przedmiotu zadania objętego Postępowaniem w taki sposób jak Odwołujący zamierzał i wymaga to aktualizacji urządzenia RBC zabudowywanego w ramach odrębnego zadania na linii E65 w obszarze LCS Gdańsk.

Odwołujący podnosił, że urządzenia objęte zarówno zadaniem na E65 jak i Postępowaniem to urządzenia sterowania ruchem kolejowym, których najważniejszą funkcją jest zachowanie bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Jest to jeden z powodów, dla których producenci takich urządzeń strzegą swojego know-how w tym zakresie i nie pozwalają w żaden sposób na ingerencję w swoje wysoko wyspecjalizowane urządzenia, wykonując wszelkie zmiany w nich samodzielnie. Jedynie wykonawca, który dostarczył i zamontował urządzenie, może dokonać aktualizacji działania takiego urządzenia.

Odwołujący wskazywał, iż faktem notoryjnym jest, że urządzenie RBC Gdańsk jest/będzie zabudowywane przez firmę Thales Polska Sp. z o.o. W wyniku odpowiedzi na pytanie 42 jak również na pytanie 44, Zamawiający odstąpił od zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu nakazując aktualizację danych w urządzeniu konkurenta ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, stawiając go w sposób oczywisty w sytuacji uprzywilejowanej.

Odwołujący argumentował, iż w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 44 Zamawiający doprecyzował, że to na wykonawcy ciąży obowiązek aktualizacji danych RBC Gdańsk wraz z ich ponowną certyfikacją. Należy podkreślić, że taki obowiązek nie był sprecyzowany w pierwotnych materiałach przetargowych i Odwołujący miał prawo zakładać, że aktualizacja danych dla RBC Gdańsk nie leży w zakresie przedmiotowego zadania.

W konsekwencji wykonawcy będą zobowiązani do uzyskania oferty od dostawcy urządzenia RBC Gdańsk. W związku z powyższym, do zaproponowanej ceny ofertowej Odwołujący oraz pozostali wykonawcy zainteresowani zamówieniem będą zobowiązani do doliczenia ceny oferty tegoż wykonawcy za wykonanie aktualizacji RBC Gdańsk. Faktem notoryjnym jest również to, iż wykonawca ten również ubiega się o udzielenie zamówienia objętego Postępowaniem, co oznacza, że będzie znajdować się w uprzywilejowanej sytuacji, gdyż jako wykonawca RBC Gdańsk, zakres tych prac będzie mógł wykonać po kosztach, przy mniejszych nakładach finansowych, bez udziału podmiotów trzecich.

Odwołujący zauważał, że nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że wykonywanie takich prac jest źródłem dodatkowego zarobku ze strony wykonawcy tego RBC, gdzie oferowane ceny na porównywalne zadania są całkowicie nierynkowe, gdzie wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję (i) eliminują tym samym konkurencję w postępowaniu, jak również (ii) uzyskują marże wielokrotnie przekraczające standardy rynkowe. Dotychczasowa praktyka pokazuje również, że oferty takie składane są na ostatnią chwilę, na parę godzin przed terminem składania ofert, co praktycznie wyklucza możliwość prawidłowego skalkulowania oferty przez pozostałych wykonawców.

Powyższa sytuacja, w ocenie Odwołującego, powoduje naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wyodrębnić zakres przedmiotu zamówienia jaki może zostać wykonany jedynie przez spółkę Thales Polska sp. z o.o. do odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący pragnie uprzedzić ewentualną argumentację Zamawiającego, że Odwołujący próbuje ułożyć Postępowanie pod własne potrzeby. Odwołujący wskazuje na realną potrzebę takiej zmiany zakresu przedmiotu Postępowania, która zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Łączenie w jednym postępowaniu zakresu przetargu nieograniczonego z elementem postępowania z wolnej ręki ze względu na jednego tylko wykonawcę, który z przyczyn technicznych lub technologicznych jest w stanie zrealizować dany zakres prac, tych naczelnych zasad prawa zamówień nie spełnia. W rezultacie doprowadza się do sytuacji, w której drobny – z perspektywy technicznej - zakres prac wpływa na ceny ofertowe pozostałych wykonawców, decydując tym samym o wyborze najkorzystniejszej oferty. Ewentualnie, Zamawiający powinien dokonać podziału przedmiotu objętego Postępowaniem na dwie odrębne części. Zgodnie z art. 36 aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 Prawa zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany do podzielenia zamówienia na części, jeżeli przedmiot zamówienia jest możliwy do podzielenia. Jednocześnie, na podstawie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany do stosowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez usunięcie z zakresu przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, wykonania przez wykonawcę aktualizacji danych RBC Gdańsk wraz z przeprogramowaniem i wykonaniem ewentualnej zmiany lokalizacji balis zapewniających wjazd lub wyjazd z lub do obszaru RBC Gdańsk, w tym instalowanych na linii 226 w ramach projektu E65, a także przystosowania ich do NID_C określonego przez Zamawiającego dla projektu ETCS poziom 1 na linii 226 oraz wskazanie,

że aktualizacja danych RBC Gdańsk wraz z przeprogramowaniem i wykonaniem ewentualnej zmiany lokalizacji balis zapewniających wjazd lub wyjazd z lub do obszaru RBC Gdańsk, w tym instalowanych na linii 226 w ramach projektu E65 będzie leżała po stronie Zamawiającego lub wykonawcy zadania E65,

2) ewentualnie: podzielenie przedmiotu zamówienia na części w ten sposób, że:

- część I - aktualizacja danych RBC Gdańsk wraz z przeprogramowaniem i ewentualną zmianą lokalizacji balis zapewniających wjazd lub wyjazd z lub do obszaru RBC Gdańsk, w tym instalowanych na linii 226 w ramach projektu E65, a także przystosowanie ich do NID_C określonego przez Zamawiającego dla projektu ETCS poziom 1 na linii 226,
- część II - wykonanie pozostałego zakresu przedmiotowego zamówienia objętego Postępowaniem.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego odrzucenie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania.

II. Mimo wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Rzeczywiście, w przypadku odwołań wnoszonych w związku z treścią odpowiedzi na pytania do SIWZ, zdarzają się trudności w ustaleniu, czy odwołanie powinno być wniesione już w odniesieniu do pierwotnej treści SIWZ, czy jednak udzielone odpowiedzi zmieniły tak treść SIWZ, że termin do wniesienia odwołania biegł dopiero od udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców. Oceniając terminowość wniesionych zarzutów, Izba wzięła pod uwagę, że pierwotnej treści SIWZ Zamawiający nie sformułował wprost wymogu ewentualnego aktualizacji urządzenia RBC.

W konsekwencji konieczne było rozpoznanie odwołania na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący nie wykazał swoich racji.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 28 lipca 2017 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania nr 42 i 44 do SIWZ (Zmiana nr 2 treści SIWZ oraz Wyjaśnienia nr 2) w następującym brzmieniu:

Pytanie 42:

„Dotyczy: PFU

W związku z brakiem możliwości zorganizowania granicy poziomów w sposób przedstawiony przez Zamawiającego, zwracamy się z pytaniem: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę granicy ERTMS/ETCS (semafony wyjazdowe stacji Pruszcz Gdański) i ustalenie tej granicy na sygnalizatorach wjazdowych i stacji Motława Most oraz Gdańsk Św. Wojciech?

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga powiązania zabudowywanego systemu ETCS poziom 2 z przewidzianym do zabudowy w ramach niniejszego zadania systemem ETCS poziom 1 w taki sposób, żeby przełączenie pomiędzy poziomami odbywało się w sposób automatyczny bez konieczności przechodzenia do poziomu SN. Zamawiający dopuszcza alternatywne rozwiązania w tym zakresie pod warunkiem spełnienia powyższego wymagania. Zamawiający zakłada, że kwestia ta zostanie uwzględniona i uzgodniona z Zamawiającym w ramach opracowania Koncepcji wyposażenia linii."

Pytanie 44:

„Dotyczy: PFU

Pragniemy zauważyć, iż obecnie wyznaczona granica pomiędzy przedmiotowym systemem ERTMS/ETCS poziomu 1 a systemem ERTMS/ETCS poziomu 2 zabudowanym w ramach kontraktu E65 wymusza rekonfigurację RBC Gdańsk które nadzoruje min. stację Pruszcz Gdański. Aktualnie wyjazdy ze stacji Pruszcz Gdański na linię 226 skutkują wyjściem z systemu ETCS L2 oraz przejście w nadzór STM (Specific Transmission Module - w Polsce system SHP). W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż w ramach przedmiotowego zadania należy również zaktualizować dane dla RBC Gdańsk wraz z ich ponowną certyfikacją tak aby wyjazd ze stacji Pruszcz Gdański na linię 226 (w kierunku Motława Most oraz Gdańsk Św Wojciech) skutkowało przejściem w system ETCS poziomu 1.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga powiązania zabudowywanego systemu ETCS poziom 2 z przewidzianym do zabudowy w ramach niniejszego zadania systemem ETCS poziom 1 w taki sposób, żeby przełączenie pomiędzy poziomami odbywało się w sposób automatyczny bez konieczności przechodzenia do poziomu SN. Jeżeli powyższe wymaga aktualizacji danych dla RBC Gdańsk wraz z ich ponowną certyfikacją to należy je przewidzieć w ofercie."

Odwołujący w odwołaniu przyjął założenie, że z pierwotnej treści SIWZ wynikało, że wykonawca zobowiązany miał być do wykonania powiązania systemów umożliwiającego płynne połączenie między poziomami bez konieczności zatrzymania pojazdu wyposażonego w system podczas wjazdu i wyjazdu z obszaru. Odwołujący twierdził, że przygotował rozwiązanie techniczne spełniające tak postawiony wymóg. Z kolei, w wyniku odpowiedzi na pytania do SIWZ, po tym, jak Zamawiający doprecyzował, że płynne połączenie między poziomami ma odbywać się (i) w sposób automatyczny oraz (ii) bez konieczności przechodzenia przez poziom SN (pytanie 42 oraz odpowiedź), Odwołujący oświadczył, że nie jest przygotować takiego rozwiązania, a dodatkowo – pociąga ono za sobą obowiązek aktualizacji, nieprzewidziany w pierwotnej treści SIWZ. Dlatego wnosił o wydzielenie aktualizacji do osobnego postępowania (z argumentacją, iż dotyczy ona oprogramowania, do którego prawa własności intelektualnej przysługują innemu podmiotowi i tylko on jest uprawniony do wprowadzenia zmian do oprogramowania).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny i argumentacją Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje:

O ile samo porównanie sformułowania wynikającego z pierwotnej treści SIWZ wymagającego „płynnego połączenia” z wynikającym z odpowiedzi na odwołanie wymogiem połączenia „w sposób automatyczny, bez konieczności przechodzenia przez poziom SN”, wskazuje na różnicę co najmniej językową, to jednak jeżeli Odwołujący opiera odwołanie o powyższą różnicę, to powinien co najmniej uprawdopodobnić, że po pierwsze, różnica ta jest zasadnicza, a po drugie – że nie można po udzielonej odpowiedzi złożyć oferty na przedmiot zamówienia, który mógł zostać zaoferowany zgodnie z wymogami przed udzieleniem tejże odpowiedzi. Odwołujący w tym zakresie nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, nie przeprowadził też żadnej argumentacji. W odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, na czym polega ta różnica, stwierdził do protokołu, że „dział techniczny uznał,

że stanowi to diametralna zmianę specyfikacji”.

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. Odwołujący jednak w toku postępowania odwoławczego nie podjął żadnej próby wykazania podnoszonych przez siebie okoliczności.

O ile można byłoby zaakceptować jako prawdziwe twierdzenie, że prawa do aktualizacji oprogramowania przysługują wyłącznie jednemu podmiotowi, to należy zauważyć, że Zamawiający nie nałożył bezwzględnego obowiązku aktualizacji – a jedynie ma on się ziszczyć w razie konieczności wyboru takiego rozwiązania przez wykonawcę (odpowiedź nr 44). Zatem Odwołujący, aby skutecznie dowodzić swoich racji, powinien wykazać, że nie ma innej metody realizacji zamówienia, jak wyłącznie w taki sposób, że aktualizacja będzie konieczna.

Reasumując, Odwołujący nie uprawdopodobnił ani jednego twierdzenia, na którym opierał swoją argumentację. W konsekwencji Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....