Sygn. akt: KIO 290/16

WYROK
z dnia 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu wykonania Zamówienia Częściowego D − „Wykonanie projektów i robót modernizacji linii kolejowej nr 7 w zakresie srk wraz z teletechniką i ETCS na odcinku Otwock – Lublin", w zakresie dotyczącym realizacji systemu ERTMS/ETCS, przez uniezależnienie realizacji tego elementu Zamówienia Częściowego D od realizacji zamówień częściowych A-C i określenie terminu realizacji Zamówienia Częściowego D na okres nie krótszy niż 13 miesięcy od zakończenia realizacji zamówień częściowych A-C.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 290/16

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050-175,850" (znak sprawy: 6060/ICZ3/17240/06867/15/P), zwane dalej: „Postępowaniem".
Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie") zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 241-436552. W dniu 18 lutego 2016 r. Zamawiający dokonał modyfikacji

Ogłoszenia.

Zmodyfikowana treść Ogłoszenia została zaskarżona odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

Zamawiającemu, w zakresie Zamówienia Częściowego D, tj. „Wykonanie projektów i robót modernizacji linii kolejowej nr 7 w zakresie srk wraz z teletechniką i ETCS na odcinku Otwock – Lublin", zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przez określenie nierealnego, zbyt krótkiego czasu na wykonanie przedmiotowego zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 Pzp i art. 353^1 oraz art. 387 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w sposób, który nakłada na wykonawcę ryzyko za działania i zaniechania osób trzecich (tj. wykonawców realizujących zadania w ramach odrębnych zamówień częściowych oraz Zamawiającego), pozostających w bezpośrednim związku z możliwością rozpoczęcia i terminowej realizacji Zadania Częściowego D.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany zapisu sekcji V1.3) Ogłoszenia („Informacje dodatkowe" w zakresie terminu realizacji Zadania Częściowego D):

„[…]dla Zamówienia Częściowego D – maksymalnie 43 miesiące od Daty Rozpoczęcia z zastrzeżeniem, że w odniesieniu do robót budowlanych

związanych z systemem ERTMS/ETCS (poziom 2) czas realizacji tej części Zamówienia Częściowego D trwać będzie nie krócej niż 18 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie ostatniego z zakończonych Zamówień Częściowych A, B, C, E, F, G, H zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych.[…]".

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego narażają go na poniesienie szkody, polegającej na braku możliwości uzyskania zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W związku z ustanowieniem nierealnego terminu realizacji Zadania Częściowego D istnieje ryzyko związane z brakiem możliwości złożenia prawidłowego i zgodnego z przepisami wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a następnie oferty oraz brakiem możliwości realizacji umowy dotyczącej przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący poruszył następujące kwestie.

System sterowania ruchem kolejowym, kompatybilny pomiędzy różnymi krajami Europy (ETCS) jest częścią wdrażanego w Unii Europejskiej systemu ERTMS, który ma zapewnić interoperacyjność transportu kolejowego, czyli możliwość swobodnego poruszanie się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw (właścicieli infrastruktury) bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów.

W ramach budowy ERTMS/ETCS należy wyróżnić dwa główne elementy niezbędne do jego wdrożenia: (1) przygotowanie infrastruktury warstwy pierwszej, tak aby była ona gotowa do współpracy z systemem ERMS/ETCS oraz (2) etap właściwego wdrożenia warstwy drugiej – ERTMS/ETCS. Odwołujący podkreślił, że projektowanie i zabudowa warstwy ERTMS/ETCS może zostać rozpoczęta wyłącznie po zakończeniu wszystkich prac związanych z pozostałymi branżami objętymi zamówieniem (sieci i urządzenia sieć trakcyjna, torowa, telekomunikacyjne, elektroenergetyka, branża perony i mała architektura, geotechnika, drogowa, obiekty inżynieryjne, branża obiekty kubaturowe, branża wodno-kanalizacyjna), w tym również zabudowa urządzeń srk warstwy pierwszej. System ERTMS/ETCS ma za zadanie informować maszynistę o największej możliwej prędkości która obliczana jest przez komputer pokładowy lokomotywy, przy uwzględnieniu takich informacji jak: promienie łuków, pochylenie linii, sekcje jazdy bezprądowej, a które to informacje zostaną wykonawcy przekazane po ukończeniu zadań objętych pozostałymi siedmioma częściami zamówienia (tj. po uzyskaniu pozwoleń na użytkowanie).

Ogłoszenie przed dokonaniem zaskarżonej zmiany obejmowało kompleksową realizację zamierzenia inwestycyjnego polegającego na wykonaniu zarówno robót o charakterze typowo budowlanym, jak i robót polegających na montażu, instalacji i integracji systemu sterowania ruchem kolejowym ERTMS/ETCS. Taka konstrukcja Postępowania wymuszała konieczność posiadania odpowiedniego doświadczenia, kompetencji, zasobów obejmujących wszystkie wskazane dziedziny. Tym samym niejako wymuszała przyszłą współpracę działających w określonych branżach, grupy podmiotów, jednocześnie umożliwiając koordynację w ramach wszystkich zdań objętych przedmiotem zamówienia.

W wyniku zmiany Ogłoszenia z dnia 18 lutego 2016 r. wyodrębniono 8 części zamówienia, z jednoczesnym zastrzeżeniem w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia, iż przyszłe oferty można składać w odniesieniu tylko do jednej części. Istotnym jest, iż wyodrębniono – wcześniej połączone – wszystkie branże (tj.: urządzenia sterowania ruchem kolejowym, sieci i urządzenia telekomunikacyjne, sieć trakcyjną, elektroenergetykę, branżę torową, perony i małą architekturę, geotechnikę, branżę drogową, obiekty inżynieryjne, obiekty kubaturowe, branżę wodno-kanalizacyjną, urządzenia ERTMS/ECTS).

W ocenie Odwołującego kluczowy w niniejszej sprawie jest sposób opisania terminu na realizację prac dotyczących systemu ERTMS/ETCS. Jak wynika z Ogłoszenia, termin ten będzie liczony od chwili rozpoczęcia prac torowych (budowlanych) realizowanych przecież przez innego wykonawcę (niedopuszczalnym jest składanie ofert na więcej niż jedną część). Należy tu wyjaśnić, że rozpoczęcie prac dotyczących systemu ERTMS/ETCS nie może nastąpić przed chwilą zakończenia robót objętych zamówieniem w ramach branż wskazanych powyżej, zatem prace dotyczące branż charakterystycznych dla pozostałych siedmiu części zamówienia i prace w zakresie systemu ERTMS/ETCS stanowią łańcuch następujących po sobie działań. Wydłużenie terminu realizacji pierwszej kategorii robót (np. torowych) automatycznie powoduje późniejsze rozpoczęcie prac przy ERTMS/ETCS. Mając na uwadze, że zawsze w tego rodzaju projektach istnieje ryzyko opóźnienia, należy wskazać, że termin jaki będzie miał wykonawca wybrany do realizacji systemu ERTMS/ETCS nie jest możliwy do określenia i nie jest wykluczone, że termin ten wyrażony zostanie wartością ujemną. Na to wszystko wykonawca odpowiedzialny za realizację ERTMS/ETCS nie ma i nie będzie miał żadnego wpływu.

Oznacza to w dalszej konsekwencji, że umowa na realizację ERTMS/ETCS może zostać uznana za umowę o świadczenie niemożliwe (np. w skrajnym przypadku wykonawca będzie miał minus 2 miesiące na wykonanie systemu) i na zasadzie art. 387 K.c. podlegać unieważnieniu. To z kolei wywołuje dalsze konsekwencje w obszarze oceny gospodarności wydatkowania środków publicznych. Co więcej, naliczanie kar umownych przy tak

sformułowanych warunkach nie daje się pogodzić z zasadą swobody umów i stanowiłoby nadmierne przerzucanie ryzyka na wykonawców.

Biorąc pod uwagę przedstawione zapisy Ogłoszenia oraz związane z nimi uwarunkowania realizacyjne Odwołujący stwierdził, iż działania Zamawiającego naruszają przywołane w treści zarzutu przepisy ponieważ – po pierwsze - wpływają na nierówne traktowanie wykonawców poszczególnych części zamówienia, po drugie – uniemożliwiają wykonanie zamówienia w wymaganym terminie, po trzecie – nie uwzględniają ewentualnych opóźnień po stronie wykonawców realizujących umowy w ramach pozostałych zamówień częściowych, które wpływają na brak możliwości terminowej realizacji zamówienia i po czwarte – nie uwzględniają możliwości zawarcia umów dla poszczególnych części zamówienia w różnych terminach, co bezpośrednio wpływa na brak możliwości terminowej realizacji zamówienia (w szczególności w przypadku niemożliwych do przewidzenia zdarzeń, skutkujących przesunięciem terminów w ramach prowadzonego postępowania).

Odwołujący wskazał, że wyrażona w art. 353^1 K.c. zasada swobody umów, na gruncie przepisów Pzp, podlega ograniczeniom. To zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest stroną, którą ustawodawca na gruncie Pzp wyposażył w instrumenty prawne, pozwalające na kształtowanie postanowień przyszłej umowy. Zamawiający, działając w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i dysponując środkami publicznymi na sfinansowanie zamówienia, uzyskuje w praktyce w prowadzonego postępowania. silniejszą pozycję ramach

Powyższe okoliczności nie mogą prowadzić jednak do wykorzystywania silnej pozycji zamawiającego w celu przeniesienia ryzyka związanego z realizacją projektu na wykonawcę, a wszelkie działania zamawiającego winny podlegać weryfikacji zarówno na etapie prowadzenia postępowania jak i realizacji zawartej w jego wyniku umowy.

W piśmie procesowym z dnia 8 marca 2016 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację.

Na wstępie wyjaśnił, że przez zmianę treści Ogłoszenia Zamawiający dokonał wyodrębnienia następujących części zamówienia:

1. A, B, C – prace związane z modernizacją linii kolejowej nr 7, odpowiednio na odcinkach Otwock – Pilawa, Pilawa – Dęblin, Dęblin – Lublin,
2. D – prace związane z branżą srk, ERTMS/ETCS poziomu II i telekomunikacją obejmujące prace wdrożeniowe na całej długości modernizowanej linii kolejowej nr 7 (tj. odcinków wskazanych w punkcie 1 powyżej),
3. E – prace związane z modernizacją linii kolejowej nr 7 w zakresie Linii Potrzeb Nietrakcyjnych na odcinku Otwock – Pilawa,

4. F, G, H – prace ogólnobudowlane w zakresie rozbiórki i budowy budynków w bezpośrednim sąsiedztwie modernizowanej linii kolejowej nr 7 na całej długości (tj. odcinków wskazanych w punkcie 1 powyżej).

Ponadto, Zamawiający wskazał szereg założeń o charakterze realizacyjnym i terminów, które wywierają bezpośredni wpływ na terminy realizacji Zadania D. Zamawiający sformułował następujące warunki:

1. w pierwszym etapie (ETAP I) planowane jest zamknięcie dwutorowe odcinka 2 i 3, tj. od Pilawy do Lublina (tj. w zakresie zadań B i C); czas zamknięcia wynosi 18 miesięcy,
2. po ukończeniu odcinka nr 2 (ETAP II), tj. Pilawa – Dęblin (zadanie B) zostanie zamknięty 1 odcinek jednotorowy Otwock – Pilawa na okres 12 kolejnych miesięcy, przy zachowaniu przejezdności stacji Otwock i Pilawa przez fazowanie; w tym okresie wykorzystana będzie linia kolejowa nr 30 jako trasa objazdowa.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że termin każdego z wymienionych zamówień częściowych został przedstawiony oddzielnie, w następujący sposób:

1. dla Zamówienia Częściowego A – maksymalnie 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, w tym po 12 miesiącach zamknięcia całkowitego Lotu A należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie,
2. dla Zamówienia Częściowego B – maksymalnie 23 miesiące od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, w tym po 18 miesiącach zamknięcia całkowitego Lotu B oraz Lotu C należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie,
3. dla Zamówienia Częściowego C – maksymalnie 23 miesiące od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, w tym po 18 miesiącach zamknięcia całkowitego Lotu B oraz Lotu C należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie,
4. dla Zamówienia Częściowego D – maksymalnie 43 miesiące od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, w tym po 18 miesiącach zamknięcia całkowitego należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie dla Lotu B oraz Lotu C, a po kolejnych 12 miesiącach zamknięcia całkowitego należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie.

W celu wykazania zasadności żądania Odwołujący przedstawił szczegółowy opis Zamówienia Częściowego D, w którym data rozpoczęcia robót związanych z systemem ERTMS/ETCS (poziom 2) zwany dalej „warstwą drugą” jest zależna od uzyskania

niezbędnych dokumentacji będących wynikiem realizacji pozostałych zamówień częściowych.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamówienie Częściowe D obejmuje zabudowę na

modernizowanej linii kolejowej urządzeń sterowania ruchem kolejowym tzn. budowę, instalację i uruchomienie dwóch „warstw" systemu:

1. „pierwszej warstwy" obejmującej urządzenia sterowania ruchem kolejowym („srk"); stanowią ją urządzenia srk odpowiadające za prowadzenie ruchu kolejowego w oparciu o kolejowe regulacje państwowe; jej wykonanie pozwala rozpocząć wdrożenie systemu ERTMS/ETCS (poziom 2); warstwa pierwsza realizowana będzie równolegle do prac realizowanych w ramach pozostałych zamówień częściowych,
2. „warstwy drugiej" systemu ERTMS/ETCS (poziom 2); służy ona stworzeniu interoperacyjności kolei europejskich przez podniesienie i ujednolicenie poziomu systemów bezpieczeństwa transportu; system ERTMS/ETCS (poziom 2) ma za zadanie informować maszynistę o największej możliwej prędkości na danym odcinku jazdy, która obliczana jest przez komputer pokładowy lokomotywy przy uwzględnieniu informacji takich jak: promienie łuków (wykonywane w ramach zamówień częściowych A-C), pochylenie linii kolejowej (wykonywane w ramach zamówień częściowych A-C), sekcje jazdy bezprądowej (wykonywane w ramach co najmniej zamówień Częściowych A-C).

Powyższe informacje niezbędne do rozpoczęcia prac dla „warstwy drugiej" będącej częścią Zamówienia Częściowego D są dostępne dopiero po zrealizowaniu pozostałych zamówień częściowych jak wyżej wykazano, informacje te zawarte są w formie ostatecznej w powykonawczej dokumentacji geodezyjnej. Dalsza realizacja warstwy drugiej polega m.in. integracji systemów zabudowanych w ramach modernizacji „warstwy pierwszej" z systemem ERTMS/ETCS (poziomu 2), przy założeniu ciągłego prowadzenia ruchu na przedmiotowej linii kolejowej w taki sposób, aby możliwa była komunikacja radiowa pomiędzy urządzeniami srk („warstwą pierwszą") a system ERTMS/ETCS (poziom 2) i maszynistą.

W związku z powyższym projektowanie i zabudowa „warstwy drugiej" może zostać rozpoczęta w momencie zakończenia wszystkich prac związanych z zabudową urządzeń „warstwy pierwszej", a także zakończenia pozostałych zamówień częściowych, tj. m.in.: sieci trakcyjnej, branży torowej będącej w zakresie zamówień częściowych A, B i C. Potwierdzeniem zakończenia wyżej wymienionych zamówień częściowych powinna być

ostateczna dokumentacja geodezyjna pozwalająca wykonawcy systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) na uzyskanie niezbędnych danych do rozpoczęcia robót.

Odwołujący przedstawił harmonogram realizacji zamówienia wynikający z Ogłoszenia i stwierdził, że pokazuje on, jakoby czas na realizację robót systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) wynosił jedynie 13 miesięcy. Wynika z niego wprawdzie, że Zamawiający słusznie przewidział większą ilość czasu na realizację Zamówienia Częściowego D niż dla pozostałych zamówień częściowych, jednak w opinii Odwołującego czas ten nie został bezwzględnie zagwarantowany (czas przeznaczony na zabudowę systemu ERTMS/ETCS (poziomu 2) powinien być niezależny od pozostałych robót wykonywanych na przedmiotowym odcinku linii kolejowej) oraz został niedoszacowany.

Odwołujący podkreślił, że realizuje zamówienia tożsame lub zbliżone przedmiotowo na rynku polskim, na rzecz Zamawiającego.

W jego ocenie określony przez Zamawiającego czas realizacji systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) jest niewystarczający. W celu prawidłowego określenia ww. czasu konieczne jest zdefiniowanie następujących elementów:

1. daty rozpoczęcia realizacji robót, która może nastąpić wyłącznie po uzyskaniu niezbędnej dokumentacji w ramach pozostałych zamówień częściowych, co Odwołujący ujął w formie tabelarycznej,
2. robót niezbędnych do wykonania systemu ERTMS/ETCS (poziom 2), którą Odwołujący przedstawił w załączniku nr 1 do pisma listę robót wraz z czasami ich realizacji prezentuje załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Na potwierdzenie zawartych w załączniku nr 1 czasów dla każdej roboty, w załączniku nr 2 prezentujemy tabelę wraz z ich uzasadnieniem.

Odwołujący wskazał, że w celu zakończenia Zamówienia Częściowego D w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) niezbędne jest wykonanie robót przedstawionych w załączniku nr 1, a uzasadnionych w załączniku nr 2 do pisma.

Zgodnie z powyższym minimalny czas jaki w opinii Odwołującego Zamawiający powinien przeznaczyć na realizację systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) na przedmiotowym odcinku powinien wynosić minimum 18 miesięcy, a nie jak wynika z Ogłoszenia – 13 miesięcy.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania argumentując jak niżej.

Na wstępie stwierdził, że odwołanie jest przedwczesne, ponieważ na obecnym etapie Postępowania nie jest znany szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wobec czego nie

sposób określić, czy czas przewidziany na realizację Zamówienia Częściowego D jest, jak twierdzi Odwołujący, zbyt krótki. W ocenie Zamawiającego o zasadności argumentacji Odwołującego można będzie przesądzić dopiero po etapie prekwalifikacji, gdy wykonawcy zaproszeni do złożenia oferty zapoznają się z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający stwierdził również, że przywoływane przez Odwołującego okoliczności, mające uniemożliwiać wykonanie wspomnianej części zamówienia w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, mają wyłącznie charakter domysłów i o możliwości ich wystąpienia nie można obecnie przesądzić. Podkreślił, że zarówno postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, jak i wzoru umowy (harmonogram realizacji inwestycji, tzw. kamienie milowe, przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego) zostaną skonstruowane w ten sposób, że jeśli zajdzie konieczność przedłużenia terminu wykonania Zamówienia Częściowego D z uwagi na okoliczność, których strony umowy przewidzieć nie mogły, to będzie taka możliwość.

W ocenie Zamawiającego równoległa realizacja robót torowych na odcinkach linii kolejowej objętych przedmiotem zamówienia jednocześnie z projektowaniem i budową obu warstw systemu jest możliwa i zależy wyłącznie od właściwej organizacji pracy wykonawcy i koordynacji wykonywania poszczególnych zamówień częściowych.

Na potwierdzenie bezzasadności zarzutów odwołania Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści symulacji czasów wykonania prac projektowych i robót w ramach zamówienia pn.: „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R wraz z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy nadrzędnej dla 8 LCS-ów na linii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia” wraz z harmonogramem realizacji tego zamówienia załączonym do oferty złożonej przez Odwołującego i zgłaszającego przystąpienie, którzy wspólnie je realizują.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści ogłoszenia o zamówieniu w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS” argumentując, że od jego wykonania zależy realizacja zamówienia objętego Postępowaniem.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Ogłoszenia (w brzmieniu uwzględniającym zaskarżoną odwołaniem zmianę jego treści) i dokumentów złożonych na

rozprawie przez strony. Na podstawie powołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron postępowania odwoławczego, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny nie był przedmiotem toczonego sporu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego rację należało przyznać Odwołującemu, że prace objęte Zamówieniem Częściowym D, a polegające na zaprojektowaniu i budowie drugiej warstwy systemu (ERTMS/ETCS) są uzależnione od realizacji robót torowych. Odwołujący na str. 3-4 pisma procesowego z dnia 8 marca 2016 r. w sposób logiczny i wiarygodny wskazywał na istnienie konkretnych zależności pomiędzy realizacją zamówień częściowych A-C, a wdrożeniem drugiej warstwy systemu, do czego Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł. Mając to na względzie, biorąc jednocześnie pod uwagę sposób określenia terminów realizacji poszczególnych zamówień częściowych stwierdzono, że wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia Częściowego D w istocie nie ma wiedzy jakim okresem czasu na jego realizację będzie dysponował. Jakkolwiek Zamawiający trafnie argumentował, że od wykonawcy będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego można wymagać przewidywania okoliczności mających wpływ na terminową realizację zamówienia, tym niemniej wymagania tego nie można absolutyzować, czyniąc wykonawcę za następstwa okoliczności, za które odpowiedzialnym odpowiedzialności nie ponosi i ponosić nie może, a okolicznością taką jest przebieg realizacji prac objętych innymi zamówieniami częściowymi, które wywierają wpływ na możliwość realizacji Zamówienia Częściowego D. Przedstawione zapatrywanie wzmacnia dodatkowo okoliczność, że zgodnie z treścią Ogłoszenia wykonawcy pozbawieni zostali możliwości ubiegania się o więcej niż jedną część zamówienia, zatem wykonawca

Zamówienia Częściowego D będzie miał wpływ wyłącznie na wykonanie swojej części przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia.

Skład orzekający zwrócił uwagę, że w powyższym zakresie argumentacja Zamawiającego ograniczyła się zasadniczo wyłącznie do twierdzenia o możliwości równoległego prowadzenia wszystkich rodzajów prac objętych przedmiotem zamówienia. Trzeba mieć jednak na względzie, że wykazanie bezzasadności twierdzeń Odwołującego w zakresie istnienia związku pomiędzy ukończeniem robót torowych wraz z pierwszą warstwą systemu (Odwołujący nie przeczył bowiem możliwości równoległego wykonywania tych prac, koncentrując uwagę na realizacji drugiej warstwy systemu, stąd twierdzenia o uprzywilejowaniu wykonawcy Zamówienia Częściowego D z uwagi na umożliwienie mu realizacji obu warstw systemu oceniono jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy), a wykonaniem systemu ERTMS/ETCS (poziom 2) wymagało od Zamawiającego szczegółowego odniesienia się do specyfiki przedmiotu zamówienia i wskazywanych przez Odwołującego zależności pomiędzy jego częściami, czego Zamawiający nie uczynił.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o przedwczesności zarzutów odwołania, mającego stanowić niejako uniwersalną przyczynę uzasadniającą oddalenia odwołania. Istotnie w przedmiotowej sprawie zaistniała specyficzna sytuacja, w której Odwołujący – odnosząc się niejako do opisu przedmiotu zamówienia, którego szczegóły nie są na tym etapie Postępowania znane – kwestionuje termin na realizację zamówienia, tym niemniej nie można powiedzieć, że ze względu na moment, w jakim znajduje się prowadzona przez Zamawiającego procedura (etap składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu) nie jest możliwe zaskarżenie treści Ogłoszenia. Zawiera ono bowiem – co wynika z przepisu art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp – określenie przedmiotu zamówienia (czy – jak wskazuje treść ogłoszenia przekazywanego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – krótki opis zamówienia lub zakupu) i chociaż nie można go utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym element SIWZ, to stanowi on istotną dla wykonawców wytyczną umożliwiającą ustalenie oczekiwań Zamawiającego.

Ponadto, nie sposób pominąć i tego skutku uwzględnienia stanowiska Zamawiającego, że zaskarżony element treści Ogłoszenia mógłby faktycznie zostać wyłączony spod kontroli Izby, bowiem gdyby uznać, że właściwym momentem na jego zakwestionowanie byłoby dopiero otrzymanie zaproszenia do złożenia oferty wraz z SIWZ, to wykonawca kwestionujący wówczas termin realizacji zamówienia wynikający z ogłoszenia o zamówieniu spotkać mógłby się ze stwierdzeniem, że zarzut jest spóźniony,

skoro okoliczności stanowiące jego podstawę (tj. termin realizacji zamówień częściowych) znane były na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający uznał również, że argumentacja Zamawiającego dotycząca przedwczesności odwołania obarczona była niekonsekwencją. Z jednej strony – jak wskazano – twierdził, że wywody Odwołującego dotyczące możliwości wystąpienia zdarzeń powodujących naruszenie terminu realizacji Zamówienia Częściowego D mają charakter spekulacji, skoro odwołujący się wykonawca nie zna szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i nie jest w stanie ocenić, czy zakwestionowany termin jest możliwy do dotrzymania. Z drugiej jednak strony Zamawiający wskazywał, że zarówno harmonogram realizacji zamówienia stanowiący załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i postanowienia samego kontraktu zostaną skonstruowane w ten sposób, że w razie wystąpienia w toku realizacji inwestycji nieprzewidzianych zdarzeń, będzie możliwa odpowiednia zmiana terminu realizacji zamówienia częściowego, a zatem również odwoływał się do dokumentów, których treść – podobnie, jak w przypadku OPZ – nie jest obecnie znana.

Skład orzekający miał również na względzie argument, że wykonanie wspomnianego fragmentu Zamówienia Częściowego D uzależnione jest nie tylko od innych części przedmiotowego zamówienia, ale również od wykonania na obszarze, na którym inwestycja będzie realizowana, części innego zamówienia, na które powoływał się Odwołujący w trakcie rozprawy, a które objęte jest innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, na dowód czego Odwołujący przedstawił ogłoszenie o zamówieniu.

tym nie przeczył, a jedynie że jednym Zamawiający twierdzeniom wskazywał, z priorytetowych fragmentów infrastruktury kolejowej, na której sieć GSM-R będzie realizowana w pierwszej kolejności jest właśnie linia kolejowa nr 7, na której ma zostać wykonane przedmiotowe zamówienie. Twierdzenie to nie zostało jednak w żaden sposób udowodnione, wobec czego Izba nie wzięła go pod uwagę.

Izba odmówiła wiarygodności dowodom przedstawionym w toku rozprawy przez Zamawiającego. Odwoływał się on do harmonogramu innego zamówienia realizowanego przez Odwołującego i Przystępującego, który – jak się okazało – nie jest aktualny, czemu Zamawiający nie przeczył. Z tej przyczyny również przygotowana przez Zamawiającego symulacja nie mogła być uznana za aktualną, a ponadto nie wynikało z niej jakiej długości są odcinki linii kolejowej, na których czas wykonania systemu ETCS był najkrótszy.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie, w jakim wykazane zostało, że realizacja Zamówienia Częściowego D uzależniona jest od realizacji zamówień częściowych A-C, a Zamawiający – przez sposób określenia terminu na realizację Zamówienia Częściowego D – nałożył na wykonawcę tej części zamówienia odpowiedzialność za działania/zaniechania innych podmiotów

(wykonawców realizujących zamówienia częściowe A-C), od których zależna będzie terminowa realizacja Zamówienia Częściowego D w odniesieniu do 2 warstwy systemu. W tym zakresie Zamawiający naruszył przywołane w *petitum* odwołania przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 353 ^{1} i art. 387 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że na gruncie zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje ograniczeń, to jednak nie mogą one prowadzić do takiego ukształtowania przyszłego stosunku obligacyjnego, którego treść naruszać będzie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba w pkt 1 sentencji orzeczenia nakazała Zamawiającemu zmianę treści Ogłoszenia w zakresie terminu realizacji Zamówienia Częściowego D w odniesieniu do 2 warstwy systemu w taki sposób, aby zaczynał bieg po całkowitym zakończeniu zamówień częściowych A-C.

W pozostałym zakresie, tj. relacji pomiędzy Zamówieniem Częściowym D, a zamówieniami częściowymi E-H Izba uznała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że zachodzą między nimi interakcje, jak w przypadku zamówień częściowych A-D. Lektura zarówno treści odwołania, jak i późniejszego pisma procesowego prowadzi do

wniosku, że Odwołujący w istocie pominął ten aspekt sprawy, ograniczając się wyłącznie do sformułowania żądania uwzględniającego również zamówienia częściowe E-H. Żądaniu takiemu nie towarzyszyło jednak jakiekolwiek uzasadnienie, wobec czego Izba nie mogła w tym zakresie odwołania uwzględnić, w związku z czym orzekła, jak w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Skład orzekający stwierdził również, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 5 Pzp (w miejsce zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp) w ten sposób, że zaniechał określenia terminu realizacji Zamówienia Częściowego D. Jakkolwiek dokonane przez Odwołującego wyliczenie zaprezentowane w piśmie procesowym rzeczywiście miało charakter domysłów, tym niemniej dowodzi to okoliczności, że – jak wspomniano – wykonawca nie będzie miał wiedzy jakim czasem na realizację zadania dysponuje.

Ponadto, w ocenie Izby, w konsekwencji nakazanego Zamawiającemu uniezależnienia wykonania Zamówienia Częściowego D od innych części zamówienia, konieczne stało się tylko dla niego realizacji. określenie właściwego terminu Skład orzekający nie uwzględnił w tym zakresie wniosku Odwołującego oraz argumentacji i dowodów one na na jego się przedstawionych poparcie, ponieważ opierały doświadczeniach zdobytych podczas realizacji innych zamówień, co do których nie zostało udowodnione, że ich zakres i warunki odpowiadają zamówieniu objętym Postępowaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również nakazaną wcześniej zmianę, skład orzekający uznał – w braku innych dowodów – że okres ten nie powinien być krótszy niż wyliczone przez Odwołującego 13 miesięcy, o czym również orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……..