Sygn. akt: KIO 3370/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 1 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Mateusz Paczkowski

Katarzyna Paprocka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 października 2024 r. w Warszawie po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

Uczestnik po stronie odwołującego

A. wykonawca AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

B. wykonawca Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

C. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszający przystąpienie

do postępowania odwoławczego

D. wykonawca Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu zgłaszający

przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

wykonawcy Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 3370/24

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia – Słupsk", Faza II, nr referencyjny: 9090/IRZR2/14710/03824/24/P, nr sprawy: PZ.292.1190.2024.

4 września 2024 r. opublikowano ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: Dz.Urz. S: 172/2024 531510-2024.

Do postępowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „ustawy Pzp".

16 września 2024 r. Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem poprzez ukształtowanie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności treści Tomu III SWZ – Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU") niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i pozostałych powołanych w odwołaniu przepisów, w tym zwłaszcza w sposób:

- niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności na wysokość proponowanej przez wykonawców ceny ofertowej,

- nieuzasadniony utrudniający uczciwą konkurencję, a w szczególności prowadzący do nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych wykonawców w postępowaniu lub uniemożliwienia wykonawcom złożenia ofert w postępowaniu,

- powodujący, że oferty złożone w postępowaniu będą miały charakter nieporównywalny, czego skutkiem będzie niemożność prawidłowego wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie w odwołaniu w pkt:

6.1. - art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części w taki sposób, aby zakres zamówienia związany z wykonaniem przebudowy i dostosowania systemu ERTMS/ETCS L2

oraz aktualizacji systemu ERTMS/ETCS L2, w tym w szczególności poprzez dokonanie zmian w aplikacji RBC, który może być wykonany wyłącznie przez Hitachi Rail GTS Polska sp. z o.o. (dalej: „Dostawca" lub „Hitachi"), został udzielony jako odrębna część lub odrębne zamówienie, czego konsekwencją jest opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, poprzez ukształtowanie pozycji Hitachi w postępowaniu jako podmiotu uprzywilejowanego względem innych wykonawców;

6.2. - art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, art. 103 ust. 2-3 ustawy w zw. z art. 362 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków wykonawcy przewidujący wykonanie w ramach zamówienia objętego postępowaniem obowiązków przebudowy i dostosowania systemu ERTMS/ETCS L2 oraz aktualizacji systemu ERTMS/ETCS L2, w tym w szczególności poprzez dokonanie zmian w aplikacji RBC, podczas gdy zakres ten może być zrealizowany wyłącznie przez Hitachi, czego skutkiem jest:

- nieuzasadnione i niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji uniemożliwienie wykonawcom złożenia ofert w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję;

- uprzywilejowanie Hitachi w postępowaniu względem pozostałych wykonawców, w tym umożliwienie Hitachi nieuzasadnionego wpływania na konkurencję w postępowaniu, w tym na krąg wykonawców, którzy będą w stanie złożyć ofertę w postępowaniu oraz treść (zwłaszcza zaś ceny) ofert takich wykonawców;

- obciążenie wykonawców ryzykiem, którym nie może zarządzać wykonawca, a za które odpowiada zamawiający, tj. ryzykiem związanym z koniecznością zapewnienia realizacji przez Hitachi zakresu zamówienia, które zrealizować może wyłącznie ten podmiot, jako podmiot, który jest dostawcą urządzeń sterowania ruchem kolejowym systemu ERTMS/ETCS poziom 2 znajdujących się na linii kolejowej (w tym stacjach) objętej zakresem zamówienia objętego postępowaniem;

6.3. - art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 18 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „Rozporządzenie") w zw. z § 19 pkt 4 lit. g, i Rozporządzenia w zw. z art. 362 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz niezgodny z wymaganiami i wytycznymi wynikającymi z przywołanych przepisów opis przedmiotu zamówienia, w tym aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia oraz zakresu obowiązków wykonawcy, poprzez zaniechanie udostępnienia przez zamawiającego w SWZ informacji na temat

aktualnego stanu urządzeń srk systemu ERTMS/ETCS L2 znajdujących się na linii kolejowej (w tym stacjach) objętej postępowaniem (w tym zwłaszcza rodzaju i aktualności wgranego w nich oprogramowania), które to urządzenia mają współpracować (zapewniać komunikację) z urządzeniami srk warstwy podstawowej, które zostaną dostarczone przez wykonawcę zamówienia objętego postępowaniem, czego konsekwencją jest również nieuzasadnione, niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania uprzywilejowanie przez zamawiającego w postępowaniu dostawcy, a także nieporównywalność ofert, które zostałyby ewentualnie złożone w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w związku z zarzutami ad. 6.1-6.2: nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ poprzez wykreślenie pkt. 3.7.8.2.14.7 ppkt 1 i 2 PFU, a tym samym wyłączenie z zakresu zamówienia objętego postępowaniem (do odrębnego zamówienia lub odrębnej części zamówienia) zakresu obejmującego:

a) przebudowę i dostosowanie systemu ETCS L2 związanego ze zmianą układu torowego oraz zmianą konfiguracji urządzeń SRK (zmiana aplikacji RBC Gdynia Główna, zmiana oprogramowania i lokalizacji balis i wskaźników W ETCS 7 i W ETCS 8) oraz aktualizację dokumentacji projektowej, odpowiednich certyfikatów, deklaracji i zezwoleń systemu ETCS poziom 2 dla stacji Gdynia Chylonia, a także weryfikację numeracji balis względem przydzielonej puli numerów z Biurem Automatyki;

b) aktualizację systemu ETCS poziom L2 na stacji Gdynia Główna, w związku ze zmianami w konfiguracji urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Gdynia Główna przeprowadzonymi w ramach Projektu pn.:

„Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni", tj. zmiany w aplikacji RBC Gdynia Główna związane z dodaniem nowych przebiegów oraz zmianą lokalizacji semaforów J1 i J2, zmiana oprogramowania i montaż balis wjazdowych (EN, LTA, RE i NR) wraz ze wskaźnikami W ETCS 7 i W ETCS 8 uwzględniających zmianę lokalizacji semaforów J1 i J2 oraz aktualizacja dokumentacji projektowej, odpowiednich certyfikatów, deklaracji i zezwoleń systemu ETCS poziom 2 dla stacji Gdynia Główna.

W związku z zarzutem ad. 6.3. odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez określenie rodzaju i aktualności wgranego oprogramowania urządzeń srk systemu ERTMS/ETCS L2, jakie znajdują się na linii kolejowej objętej postępowaniem, poprzez jednoznaczne oświadczenie przez Zamawiającego, że istniejące urządzenia systemu ERTMS/ETCS L2, jakie znajdują się na stacji Gdynia Główna są wykonane w sposób, który zapewnia komunikację z urządzeniami srk warstwy podstawowej (konwencjonalnej) w oparciu o dokumenty (protokoły):

- „CBI-CBR Interface. Top Level Specification",
- „EGO Protocol. Interface Specification",
- „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer".

17 września 2024 r. zamawiający (na stronie internetowej zamawiającego – Platformie Zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie:

1) AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (wpływ za pomocą środków komunikacji elektronicznej ) 18 września 2024 r.;

2) Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) 19 września 2024 r.;

3) Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) 20 września 2024 r.;

4) Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej -ePUAP) 20 września 2024 r.

26 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że wyłączył dany zakres rzeczowy zamówienia do odrębnego postępowania, które będzie udzielane w trybach konkurencyjnych i 25 września 2024 r. zmienił Specyfikację Warunków Zamówienia. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się zbędne.

27 września 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym w szczególności podał, że w związku z dokonaną przez zamawiającego w dniu 25 września 2024 r. zmianą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie objętym odwołaniem z dnia 16 września 2024 r., wystąpiły okoliczności stanowiące podstawę do umorzenia przez izbę postępowania odwoławczego, określone w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyłączenia z zakresu zamówienia objętego postępowaniem zakresu zamówienia opisanego dotychczas w szczególności w pkt. 3.7.8.2.14.7 PFU, który stanowił przedmiot odwołania, wprowadzając w to miejsce całkowicie odmienny zakres zamówienia i obowiązków spoczywających na wykonawcy zamówienia. W związku z powyższym, aktualnie nie istnieją już pierwotne postanowienia SWZ, które stanowiły przedmiot odwołania i opisanych w nim zarzutów. Tym samym, w sprawie niniejszej ziściły się podstawy dla umorzenia przez izbę postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł

o zniesienie terminu rozprawy wyznaczonej na dzień 1 października 2024 r. i wydanie przez izbę orzeczenia w przedmiotowej sprawie na posiedzeniu niejawnym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wszystkich zgłaszających przystąpienie.

25 września 2024 r. zamawiający zmienił Specyfikację Warunków Zamówienia w zakresie objętym odwołaniem, ponieważ dokonał wyłączenia z zakresu zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia zakresu zamówienia opisanego dotychczas, w szczególności w pkt. 3.7.8.2.14.7 PFU, który stanowił przedmiot odwołania, co potwierdził odwołujący w piśmie procesowym z 27 września 2024 r.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie odwoławcze jest zbędne - nie istnieją czynności zaskarżone w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. poz. 2437) - izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 20 000 zł.

Przewodnicząca: ……