Sygn. akt: KIO 3802/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 października 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę: **Hitachi Rail GTS 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 uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy: **Alstom Polska S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy:
   Hitachi Rail GTS Polska Sp. z o.o. ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawą, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:……..
……..
……..

Sygn. akt: KIO 3802/24

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp" w przedmiocie: *„Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 7 odcinek Warszawa Wawer – Otwock w ramach Projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, etap IIb"* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2024 r. pod nr Dz.U. S 194/2024, 599935. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na portalu zakupowym Specyfikację Warunków Zamówienia.

Wykonawca, Hitachi Rail GTS Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu i zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:
1) art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez zastrzeżenie w § 33 ust. ust. 3 i 20 w zw. z 21 Warunków Umowy obowiązku przeniesienia na rzecz Zamawiającego praw autorskich do oprogramowania, podczas gdy w pełni wystarczające i uzasadnione potrzebami Zamawiającego jest udzielenie przez wykonawcę licencji do oprogramowania z prawem udzielania sublicencji, wobec czego obecne wymagania są nieproporcjonalne, sprzeczne z przyjętą praktyką rynkową (ukształtowaną zresztą przez Zamawiającego w poprzednich postępowaniach na dostawę urządzeń sterowania ruchem kolejowym i oprogramowania do nich), jak i istotnie utrudniają złożenie konkurencyjnych ofert;
2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 362 Pzp poprzez pominięcie w opisie sposobu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu (pkt 8.6.1 IDW) obowiązku wykazania się doświadczeniem w wykonaniu prac obejmujących zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziomu 2, w rezultacie czego obecny (bardzo szczegółowo opisany) warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia umożliwia złożenie oferty wykonawcy nie posiadającemu doświadczenia w zabudowie urządzeń tego systemu, podczas gdy jest to kluczowy element przedmiotu udzielanego zamówienia, zaś brak weryfikacji kompetencji wykonawcy w tym zakresie (wbrew dotychczasowej praktyce Zamawiającego) wiąże się z ryzykiem nienależytego wykonania zamówienia, zaś po stronie wykonawców powoduje potencjalną konieczność konkurowania z podmiotami nieposiadającymi niezbędnego

doświadczenia i niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ") poprzez:

1) modyfikację postanowień § 33 Warunków Umowy w ten sposób, że z obowiązku przeniesienia praw autorskich do utworów powstałych w związku z realizacją Umowy lub jej części wyłączony zostanie obowiązek przeniesienia praw do programu komputerowego, zaś w jego miejsce wykonawca będzie zobowiązany udzielić licencji na kopiowanie, używanie i przekazywanie oprogramowania wraz z prawem do udzielania sublicencji podmiotom z Grupy PKP;

2) w pkt 8.6.1 IDW dodanie lit. i) o treści *„zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na co najmniej 30 km linii kolejowej*".

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie powołania tych okoliczności w postępowaniu przed Izbą;

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W dniu 22 października 2024 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Zamawiającego do przedłożenia odpowiedzi na odwołanie do dnia 29 października 2024 r.

Zamawiający w dniu 29 października 2024 r. wraz z pismem - odpowiedź na odwołania w sprawach o sygn.. akt KIO 3764/24, KIO 3792/24 (połączonych do łącznego rozpoznania) przedłożył kopię dokumentacji, potwierdzającą zmiany DWZ dokonane w dniu 24 października 2024 r.

Odwołujący w dniu 28 października 2024 r. złożył pismo procesowe z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp w związku z dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 24 października 2024 r. zmianami treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zbieżnymi z żądaniami odwołania. Odwołujący wniósł o:

1.umorzenie postępowania w całości na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp;

2.zwrot pełnej kwoty wpisu od odwołania na rachunek Odwołującego.

Jedynie z ostrożności i na wypadek, gdyby w ocenie Izby zakres wprowadzonych zmian nie skutkował zbędnością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 24 października br. dokonał zmiany SWZ poprzez dodanie w warunkach udziału w postępowaniu wymogu doświadczenia w realizacji prac obejmujących „zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na co najmniej 30 km linii kolejowej" (zmiana w TOM I SWZ – IDW pkt 8.6.1).

Ponadto, Zamawiający dokonał zmiany w § 33 ust. 15 – 21 Wzoru Umowy (TOM II SWZ), z których wynika obowiązek udzielenia bezterminowej, zbywalnej, niezastrzeżonej, licencji na kopiowanie, używanie i przekazywanie oprogramowania w miejsce dotychczasowego obowiązku przeniesienia praw autorskich.

Odwołujący załączył do ww. pisma dowód w postaci pisma Zamawiającego - *zawiadomienie o zmianie SWZ* (Zmiana treści SWZ nr 1 L.dz. IRZR3.292.3.2024.IRE-02533-I.JJ.09), przekazanego przez Zamawiającego wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, opublikowanego na platformie zakupowej, zawierającego zmianę i treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu na podstawie art. art. 568 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów odwołania Zamawiający dokonał zmiany treści postanowień SWZ z dnia 24 października 2024 r., które były przedmiotem odwołania. Odwołujący jednoznacznie potwierdził, że dokonane przez Zamawiającego zmiany są zbieżne z żądaniami Odwołującego zawartymi w odwołaniu.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że treść postanowień SWZ, która stanowiła podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania, przestała istnieć na dzień 24 października 2024 r. Dokonanie przez Zamawiającego zmiany postanowień SWZ w prowadzonym postępowaniu przed rozpoznaniem przez KIO wniesionego odwołania, powoduje, że czynności, stanowiące substrat zaskarżenia – określone w odwołaniu postanowienia SWZ -wobec których zostało wniesione odwołanie, przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia.

W powyższym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba nie może bowiem orzekać merytorycznie co do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, skoro aktualnie odwołanie dotyczy treści SWZ

nieistniejącej, bowiem kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ zostały przez Zamawiającego zmienione.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp
w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……..

……..

……..