Sygn. akt: KIO 361/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki
Protokolant: Mikołaj Kraska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcy **Alstom Polska Spółka Akcyjną** ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjną** ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

Uczestników po stronie Odwołującego:

A. Zakłady Automatyki KOMBUD Spółka Akcyjna, ul. Wrocławska 10, 26-600 Radom

B. Ground Transportation Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Alstom Polska S.A. kwoty 18.000 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej 90% 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.

Przewodnicząca:……

……

……

Sygn. akt: KIO 361/24

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

PKP PLK S.A z/s w Warszawie, w trybie podstawowym na*zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na lin. kolejowej nr 133 i linii kolejowej nr 134 na odc. Sosnowiec Jęzor - Kraków Główny"*(nr postępowania *9090/IRZR2/23278/00171/24/P*), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.01.2024 r., S/16 00046041-2024, wniesione zostało w dniu 02.01.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Alstom Polska S.A. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 361/24).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji warunków zamówienia w dniu 23.01.2024 r.
Odwołujący kwestionuje czynności Zamawiającego polegające na:

a) 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) w zakresie dotyczącym wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej oraz obowiązku powiązania i integracji urządzeń srk (urządzeń warstwy podstawowej) z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 niezgodnie z przepisami Pzp, 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;

• 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 Pzp;

• naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności;

b) nieuzasadnionym, naruszającym zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji, przeniesieniu na wykonawcę zamówienia w treści Tomu II SWZ – Warunki Umowy (dalej: Umowa) nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia w zakresie zasad rozliczeń Stron oraz zakresu i granic odpowiedzialności wykonawcy.

Czynności Zamawiającego prowadzić mają do naruszenia:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 18 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 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 Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1-2 Pzp poprzez niejednoznaczny 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 warstwy podstawowej znajdujących się na liniach kolejowych objętych Postępowaniem (w tym zwłaszcza daty zabudowy takich urządzeń, rozpoczęcia eksploatacji, ich stanu, rodzaju i aktualności wgranego w nich oprogramowania), które to urządzenia mają zostać powiązane przez wykonawcę zamówienia objętego Postępowaniem z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, czego konsekwencją jest również nieuzasadnione, niezgodne7 z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania uprzywilejowanie przez Zamawiającego w Postępowaniu wykonawcy będącego producentem (dalej: Producent) urządzeń srk warstwy podstawowej znajdujących się liniach kolejowych objętych Postępowaniem, a także nieporównywalność ofert, które zostałyby ewentualnie złożone w Postępowaniu;
2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1-2 Pzp, art. 103 ust. 2-3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp oraz w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków wykonawcy w zakresie wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej oraz powiązania urządzeń srk warstwy podstawowej z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 w sposób, który warunkuje możliwość kompletnej i prawidłowej realizacji zamówienia od współdziałania przez wykonawcę z Producentem (podmiotem trzecim), bez jednoczesnego zapewnienia przez Zamawiającego współdziałania Producenta z każdym potencjalnym wykonawcą zamówienia zarówno na etapie Postępowania, jak i realizacji zamówienia, w tym podania zasad i warunków współdziałania, co powoduje:

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

• uprzywilejowanie Producenta w Postępowaniu względem pozostałych wykonawców, w tym umożliwia Producentowi nieuzasadnione wpływanie 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;

• że opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, które są niedostosowane do określonych przez samego Zamawiającego warunków realizacji zamówienia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;

3. art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: k.c.) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem, którym nie może zarządzać wykonawca, a za które odpowiada zamawiający, tj. ryzykiem związanym z koniecznością zapewnienia współdziałania Producenta, a w konsekwencji również ryzykiem niemożności realizacji zamówienia w przypadku braku możliwości nawiązania współpracy z Producentem lub odmowy współdziałania przez Producenta przy realizacji prac w zakresie wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, mimo iż ryzyko w przedmiotowym zakresie dotyczy okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający jako podmiot,

na rzecz którego Producent zabudował na modernizowanych obecnie liniach kolejowych urządzenia srk warstwy podstawowej;

.art. 85 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział w Postępowaniu wykonawcy będącego producentem urządzeń srk warstwy podstawowej znajdujących się na liniach kolejowych objętych Postępowaniem, nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu, w szczególności poprzez:

a) zaniechanie przekazania wszystkim wykonawcom istotnych informacji nt. stanu urządzeń srk warstwy podstawowej, którymi dysponuje Producent, a nie dysponują nimi inni wykonawcy, oraz ;

b) uwarunkowanie prawidłowej i kompletnej realizacji zamówienia od współdziałania wykonawcy z Producentem, bez jednoczesnego zapewnienia przez Zamawiającego takiego współdziałania po stronie Producenta, w tym na etapie Postępowania poprzez złożenie przez Producenta na rzecz każdego wykonawcy zainteresowanego udziałem w Postępowaniu odpowiedniej oferty lub zobowiązania do współdziałania przy realizacji zamówienia;

.art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 362 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części w taki sposób, aby zakres zamówienia związany z wykonaniem (implementacją) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, w zakresie czynności, jakie w tym zakresie może po swojej stronie wykonać wyłącznie Producent, 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 Producenta w Postępowaniu jako podmiotu uprzywilejowanego względem innych wykonawców;

.art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie zasad rozliczeń z wykonawcą w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez zaniechanie przewidzenia przez Zamawiającego możliwości udzielenia wykonawcy zamówienia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, a tym samym nieuzasadnione przerzucenie na wykonawcę nadmiernych i nieproporcjonalnych ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w tym w szczególności związanych z koniecznością długotrwałego finansowania przez wykonawcę całej realizacji przedmiotu zamówienia ze środków własnych, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem;

.art. 471 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie odpowiedzialności wykonawcy w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przerzucający na wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacją zamówienia, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez zaniechanie określenia górnego, maksymalnego limitu odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- w związku z zarzutami ad. 6.1-6.5: Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez określenie:

a) rodzaju;

b) daty zabudowy i odbioru przez Zamawiającego

c) aktualnego stanu;

d) rodzaju i aktualności wgranego oprogramowania;

urządzeń srk warstwy podstawowej, jakie znajdują się na liniach kolejowych objętych Postępowaniem, a które mają zostać powiązane z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 w ramach realizacji niniejszego zamówienia, w zakresie

niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń srk warstwy podstawowej z systemem ERTMS/ETCS poziom 2, w tym jednoznacznego oświadczenia przez Zamawiającego, czy istniejące urządzenia srk warstwy podstawowej są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 w oparciu o dokumenty (protokoły), o których mowa w pkt. 4.3.10 ust. 1 PFU oraz określenia ewentualnego zakresu urządzeń warstwy podstawowej, które winny być wymienione;

- w związku z zarzutami ad. 6.1-6.5: Nakazanie Zamawiającemu:

a) zmiany SWZ w pkt. 3.5.1, pkt. 4.3.10 i pkt. 4.3.11 PFU oraz innych powiązanych z nimi postanowieniach poprzez:

• wyłączenie z zakresu zamówienia objętego Postępowaniem (do odrębnego zamówienia lub odrębnej części zamówienia) czynności wymagających działania Producenta w zakresie wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2;

• określenie, iż czynności wymagające działania Producenta w zakresie wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 zostały lub zostaną zrealizowane przez Zamawiającego w ramach odrębnego zamówienia, z jednoczesnym określeniem, że ryzyko wynikające z tego tytułu nie obciąża wykonawcy, w szczególności wykonawca uprawniony będzie do odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia, terminów realizacji zamówienia lub zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie, w jakim realizacja czynności w ww. zakresie przez Producenta wpłynie na realizację zamówienia objętego Postępowaniem;

alternatywnie:

b) zmiany SWZ w pkt. 3.5.1, pkt. 4.3.10 i pkt. 4.3.11 PFU oraz innych powiązanych z nimi postanowieniach poprzez określenie obowiązku zapewnienia współdziałania Producenta z wykonawcą zamówienia, w zakresie niezbędnym do wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 - jako obowiązku spoczywającego po stronie Zamawiającego, stanowiącego ryzyko i koszt obciążający Zamawiającego, a nieobciążający wykonawcy zamówienia objętego Postępowaniem, w szczególności uprawniający wykonawcę do odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia, terminów realizacji zamówienia lub zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie, w jakim realizacja czynności w ww. zakresie przez Producenta wpłynie na realizację zamówienia objętego Postępowaniem;

alternatywnie:

c) zmiany SWZ poprzez zobowiązanie Zamawiającego do pozyskania i udostępnienia wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu wiążącej oferty Producenta w zakresie współdziałania niezbędnego do wykonania (implementacji) interfejsu do urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta oraz powiązania i integracji urządzeń srk warstwy podstawowej Producenta z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, którą to ofertę wykonawcy zobowiązani będą następnie uwzględni w ramach ceny ofertowej w Postępowaniu, z jednoczesnym określeniem, że w przypadku, w którym Producent nie podjąłby się następnie współpracy z wykonawcą zamówienia lub oferta Producenta uległaby późniejszej zmianie, ryzyko wynikające z tego tytułu nie będzie obciążać wykonawcy, w szczególności wykonawca uprawniony będzie do odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia, terminów realizacji zamówienia lub zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie, w jakim realizacja czynności w ww. zakresie przez Producenta wpłynie na realizację zamówienia objętego Postępowaniem;

- w związku z zarzutem ad. 6.6: Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Tomu II SWZ – Warunki Umowy poprzez wprowadzenie postanowień przewidujących możliwość udzielenia wykonawcy na poczet wykonania zamówienia zaliczki w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy;

- w związku z zarzutem ad. 6.7: Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Tomu II SWZ – Warunki Umowy, w tym w szczególności § 28 Umowy, poprzez wprowadzenie postanowienia ograniczającego odpowiedzialność wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia (w tym z tytułu kar umownych, odszkodowań oraz innych kosztów lub należności, których zapłaty zgodnie z Umową Zamawiający może domagać się od wykonawcy) do wysokości wynagrodzenia brutto wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy oraz poprzez wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy względem Zamawiającego z tytułu utraconych korzyści.

Zamawiający w dniu 15.02.2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako

bezzasadnego. Zamawiający wprowadził zmiany do zapisów swz, w tym odnoszące się do części podstawy zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący w dniu 15.12.2023 r. wycofał odwołanie w całości pismem przekazanym drogą elektroniczną i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.*w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 1 Ustawy.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołujących kwotę stanowiącą 90% uiszczonego w wysokości 20.000,00 zł wpisu. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów, gdyż cofnięcie odwołania miało miejsce w dniu poprzedzającym posiedzenie w sprawie odwoławczej.

Przewodnicząca:……

……...

……..